

ESTUDIO CASO: MALECÓN PUERTO GAITÁN (META)
IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN EL
PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Autor:

HÉCTOR DAVID GUTIÉRREZ GÓMEZ

Directora:

Dra. PAULA COMELLAS ANGULO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

BOGOTÁ-COLOMBIA

2018

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN LEGAL DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ESTATALES..... | 10 |
| CAPÍTULO 1: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES | 11 |
| 1. POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN..... | 11 |
| 1.1. Sanciones administrativas | 13 |
| 1.2. Multas | 16 |
| 1.3. Declaratoria de incumplimiento..... | 18 |
| 2. DEBIDO PROCESO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO | 19 |
| 2.1. Definición del debido proceso | 20 |
| 2.2. Elementos del debido proceso | 21 |
| 2.3. Alcance del debido proceso | 22 |
| 2.4. Debido proceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011..... | 23 |
| 2.5. Postura de la Corte Constitucional frente al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011..... | 24 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: ÁMBITO LEGAL DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ESTATALES..... | 26 |
| 1. Evolución legal de las multas, sanciones e incumplimientos contractuales estatales..... | 26 |
| 1.1. Sanciones por incumplimientos contractuales en el siglo XIX en Colombia..... | 26 |
| 1.2. Sanciones por incumplimientos contractuales a principios del siglo XX en Colombia. | 27 |
| 1.3. Ley 80 de 1993- Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública..... | 29 |
| 1.4. Ley 1150 de 2007..... | 31 |
| 1.5. Decreto 2474 de 2008 | 33 |
| 1.6. Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción | 35 |
| 1.7. Decreto 734 de 2012 | 39 |
| 1.8. Decreto 1510 DE 2013..... | 40 |

| | |
|---|----|
| 1.9. Decreto 1082 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional..... | 41 |
| 1.10. Fallido Proyecto de ley de revisión del régimen de contratación estatal publicado por Colombia compra eficiente | 42 |
| CONCLUSIONES | 44 |
| PARTE II: HACIA UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS A PARTIR DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LAS ENTIDADES ESTATALES..... | 46 |
| | |
| CAPÍTULO TERCERO: IMPLICACIONES DEL PROCEDIMIENTO EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES CONTRACTUALES DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 | 47 |
| 1. DILACIONES INJUSTIFICADAS SOCAVAN LA IMPOSICIÓN EFECTIVA DE SANCIONES Y MULTAS POR INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES | 48 |
| 2. VACÍO EN LA DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTOS. CONFUSIÓN CON RETRASOS | 52 |
| 3. NOTIFICACIONES EN ESTRADOS | 55 |
| 5. PÉRDIDA DE LA FUERZA DE EJECUTORIA DEL ACTO A CUMPLIR POR EL PASO DEL TIEMPO..... | 56 |
| 6. OMISIÓN EN RELACIÓN CON LA VINCULACIÓN DEL GARANTE DIFERENTE A LAS ASEGURADORAS | 57 |
| 7. INOPERANCIA DE LA SANCIÓN DE LA INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO | 58 |
| | |
| CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 EN VIRTUD DEL ESTUDIO DE CASO DEL MALECÓN DEL MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN - META..... | 59 |
| 1. PRIMER PROCESO MALECÓN DEL MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN..... | 59 |
| 2. SEGUNDO PROCESO MALECÓN DE PUERTO GAITÁN | 65 |
| 3. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CASO MALECÓN DE PUERTO GAITÁN | 67 |

| | |
|---|-----|
| 4. RECOMENDACIONES AL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011..... | 69 |
| 4.1. TICS..... | 69 |
| 4.2. Plazo Determinado..... | 70 |
| 4.3. Garante Dentro Del Proceso | 72 |
| 5. CONCLUSIONES | 72 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA | 76 |
| REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES..... | 86 |
| REFERENCIAS LEGALES Y ADMINISTRATIVAS | 89 |
| 7. ANEXOS | 92 |
| I. ANEXO 1: LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO..... | 92 |
| ANEXO 2. GRÁFICO PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL | 93 |
| ANEXO 3 GRÁFICO EXPLICATIVO DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO 140 DE 2010 FRENTE A LO ACAECIDO DENTRO DEL PROCESO..... | 95 |
| ANEXO 4: GRAFICO RECOMENDACIONES AL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011..... | 111 |
| ANEXO 5 TEXTO DE PROPUESTA ARTÍCULO DE PROCEDIMIENTO POR MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO..... | 112 |

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en demostrar las implicaciones desencadenadas en el procedimiento de imposición de multas, sanciones e incumplimientos contractuales estatuido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). Esta disposición propone un procedimiento propenso a ser dilatorio, que raya con las normas vigentes sobre el procedimiento sancionatorio de multas de la Administración Pública, especialmente lo pregonado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes. En principio, se consagraba un procedimiento que habría de ser mínimo y breve, en el cual la Administración desempeñaría el papel de ser juez y parte, sin embargo, nada se contradice más con la realidad, toda vez que no acreditó la imparcialidad en la rigurosidad del tiempo -al ser excesivamente dilatorio-, ni en la imposición adecuada de la sanción.

La hipótesis que se pretende demostrar en este trabajo radica en que los contratistas incumplidos se centran en dilatar el procedimiento administrativo sancionatorio. Alegan recursos, recusaciones, solicitan aplazamientos, etc. apoyándose en exceso en el derecho del debido proceso (Const., 1991, art. 29). Dicha excesividad en el respaldo del debido proceso lleva a que los contratistas incumplidos no sean sancionados debido a la naturaleza apremiante que gobierna la teleología de las multas contractuales en la Administración Pública. Razón por la cual es eminentemente necesario un nuevo procedimiento que evite vacíos jurídicos y que no facilite la maniobra de dilaciones por parte del contratista. Además, que se encargue de cumplir el fin de una Ley emanada dentro del marco de políticas de transparencia dentro de la agenda anticorrupción.

Se planteará como objetivo general para los dos artículos, determinar las implicaciones de la aplicación excesiva del debido proceso en el procedimiento de imposición de multas del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con relación a los principios del derecho sancionatorio de la Administración en materia contractual. Dicho objetivo se encuentra apoyado en cuatro específicos, los dos primeros a resolver dentro de este artículo de investigación se centran en (I) indagar la naturaleza jurídica de las multas en relación al poder sancionatorio de la Administración en materia contractual (II) determinar el régimen legal vigente sobre el

procedimiento de la imposición de multas de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con base al precitado artículo, (III) para posteriormente indagar sobre las implicaciones de la excesividad de la aplicación del debido proceso dentro del procedimiento estatuido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de (IV) proponer un nuevo procedimiento con ciertas calidades que ayude a clarificar el panorama en virtud de las demás disposiciones relativas al procedimiento sancionatorio administrativo de la precitada Ley.

Se aspira a demostrar las anteriores metas por medio de una metodología de enfoque cualitativo, a través de un método analítico – descriptivo. En otras palabras, se pretende analizar el procedimiento dilatorio del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 de 2011 y, como consecuencia, plantear una tesis que logre demostrar las implicaciones de la excesividad del debido proceso.

Se busca como fin último de este artículo analizar las falencias y posibles mejorías del procedimiento de imposición de multas, sanciones e incumplimientos que sea coherente con la potestad sancionatoria de las entidades estatales. Debido a ello, se plantea la vinculación en dicho procedimiento de herramientas más efectivas, verbigracia, medidas cautelares en la inscripción del RUP, o del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio pues, significaría una acción coercitiva tangencial y preventiva de publicidad.

Como consecuencia, en el primer capítulo de este artículo, se abordará la naturaleza jurídica de las multas, sanciones e incumplimientos de los contratos estatales en relación con su carácter y elementos teóricos, posteriormente se abordará la potestad sancionatoria de la Administración, analizando el *ius puniendi* a la luz de la Corte Constitucional y como consecuencia, las posiciones doctrinarias que se han tejido alrededor de este concepto.

Una vez analizada esta facultad que otorga el ordenamiento al aparato estatal, se abordarán las sanciones administrativas como una categoría superior y de género, de la cual se desprenden las multas y declaratorias de incumplimiento. Habiendo desarrollado lo anterior, se abordará el concepto de debido proceso frente a las mencionadas potestades. Se examinará la creciente

necesidad de clarificar el panorama de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento a la luz de los elementos del debido proceso propuestos por la doctrina y organizaciones internacionales.

En el segundo capítulo del primer artículo se profundizará en la evolución legislativa y jurisprudencial desde el carácter legal de las multas, bien sean intrínsecas al contrato estatal o exorbitantes. Para luego, analizar el procedimiento de la imposición de multas, sanciones e incumplimientos contractuales vigentes, así como las modificaciones, adiciones, y críticas en su aplicación.

En lo que respecta al segundo artículo, se examinarán las críticas acotadas en las primeras líneas dedicadas a las falencias e implicaciones del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en un caso objeto de estudio. El caso se considera representativo en el entendido que, primero ilustra unas acciones dilatorias y falencias del procedimiento para la imposición de multa, tendientes a tomar ventaja del carácter apremiante de las sanciones y multas contractuales. Llama la atención las maniobras dilatorias no tanto por parte del contratista sino como por parte de la Administración Pública y de terceros intervinientes que favorecen el incumplimiento de las obligaciones contractuales permitiendo plazos fatales.

Además de ello, el análisis geoespacial del caso le da una relevancia aún mayor, el Municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta pasó de ser un paraíso fiscal debido a la bonanza petrolera a una temporada de recesión que ha mermado la capacidad adquisitiva del municipio. Dicha "coyuntura ha llevado a la adopción urgente y estratégica de acciones para reorientar el rumbo y apostar a novedosas y sostenibles alternativas de desarrollo, diferentes o concomitantes con el petróleo" (Caro Vargas, 2016, p. 10) y a la recuperación de dineros públicos. Sin embargo, el artículo 86 ha sido un obstáculo para lograr dicho fin.

La metodología del presente estudio de caso como se mencionaba con antelación es cualitativa, pues pretende abordar el conocimiento profundo de la problemática del procedimiento de las multas, sanciones e incumplimientos contractuales por medio de una categoría general denominada "tiempo", al hacer referencia a los plazos fatales que someten el

correcto ejercicio de la Administración Pública en el cumplimiento de su función pública. (Tafur Galvis, 1997; Vidal Perdomo, 2008; Villar Borda, 2007; Tirado Barrera, 2011).

Lo anterior como quiera que la problemática más común es la dilación injustificada de los actores de los procesos, que en ocasiones son inclusive garantes de la obligación, como compañías de seguros. Que en últimas, conllevan a beneficiarse del carácter apremiante de las multas. Por lo tanto, aunado a un desgaste administrativo, implicaciones colaterales puede llegar a presentarse en el ámbito ambiental y de desarrollo local, (Caro Vargas & Gaviria Muñoz, 2016) se desgasta a la administración y queda en vano el procedimiento adelantado. (Monroy Cabra; Munar Castellanos & Ortiz Arciniegas, 2011; Matallana Camacho, 2009).

El método científico utilizado en la misma es el deductivo (Martínez Corazo, 2006); en el cual, la hipótesis planteada demuestra las falencias del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 a partir de una serie de proposiciones extraídas del cuerpo teórico del primer apartado que servirá de punto de partida, aplicado al caso representativo de relevancia nacional que reúne las características generales relacionadas por la literatura que critica la inoperancia del precitado artículo 86 como es el Caso del Malecón en el Municipio de Puerto Gaitán en el Meta.

Se trata del Contrato de Obra Pública No. 140 de 2010, suscrito por la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán y el Consorcio Malecón Puerto Gaitán, cuyo objeto fuese la formulación de estudios, diseños, gestión predial, social y ambiental de la primera y segunda fase; y la construcción de la primera fase del Observatorio Malecón Ambiental para la protección y preservación del Río Manacías del Municipio de Puerto Gaitán en el departamento del Meta, por valor de treinta y tres mil trescientos noventa y cuatro millones seiscientos cincuenta y ocho mil ochocientos quince pesos con noventa y siete centavos (\$33.394.658.815.97) .

En lo metodológico, la investigación científica actual es una espiral inductivo - hipotético - deductivo con dos pasos procesales fundamentales (Sarabia, 1999 p. 55), en la primera fase o fase heurística o de descubrimiento, se procederá a observar, describir y reflexionar el caso del Malecón de Puerto Gaitán Convenio 140 de 2010, el cual a través de generación inductiva, se

pretende generar la hipótesis sobre el carácter dilatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de cara al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Lo anterior dentro del componente analítico pues se pretende explorar un caso en concreto en aras de cimentar empíricamente las afirmaciones presentadas para la generación de hipótesis explicativas sobre el comportamiento, las causas y los efectos del fenómeno dilatorio. (Sarabia, 1999 citado en Martínez Carazo, 2006, p. 170) (Yin R., 1994)

Posterior a ello, se procede a la fase de justificación-confirmación. (Sarabia, 1999 citado en Martínez Carazo, 2006, p. 170) En este proceso de comprobación del fundamento de la mentada hipótesis, se concatenará con literatura científica a nivel jurídico del rango nacional que aporte un tinte argumentativo crítico, toda vez que no se quiere caer en la generalización analítica (Yin, 1989, 1993, 1994; Rialp, 1998, 2005a, 2005b).

Habiendo ejecutado el análisis del caso anterior se procederá a estudiar la literatura en relación con lo descrito, para finalmente proponer unas recomendaciones y un nuevo procedimiento que sea menos abstracto y que no permita abiertamente su desconocimiento por parte de los contratistas, de la administración pública como de los garantes y demás partes vinculadas al procedimiento de declaratoria de multas por incumplimientos de obligaciones adquiridas frente a la Administración.

PARTE I

NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN LEGAL DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ESTATALES

Héctor David Gutiérrez Gómez¹

Resumen

Se efectúa un análisis de la naturaleza jurídica de las multas, sanciones e incumplimientos contractuales, así como el avance legislativo y regulatorio que le es aplicable a las cláusulas sancionatorias del Estado, desde la adopción del Código Francés de 1804, hasta la actualidad, describiendo finalmente el régimen legal vigente en relación con la imposición de multas, sanciones e incumplimientos contractuales, de su estudio se desprende que estos cambios en la actualidad al ser garantistas del debido proceso y a los principios de la Contratación Estatal, generan que los contratistas privados abusen de estos principios, aludiendo al derecho del debido proceso para dilatar las actuaciones y evitar la imposición de sanciones, multas e incumplimientos contractuales.

Abstract

This article will bear in mind an analysis of the legal nature of the fines, penalties and contractual breaches, as well as the legislative and regulatory progress that is applicable to the state sanction clauses, from the adoption of the French Code of 1804, to the present time, finally describing The legal regime in force in relation to the imposition of fines, penalties and contractual breaches, of their study shows that these changes currently being guaranteed due process and the principles of State Procurement, generate private contractors abuse These principles, alluding to the right of due process to delay actions and avoid imposing penalties, fines and breaches of contract.

PALABRAS CLAVES:

¹ Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Contratación Pública de la Corporación Universitaria del Meta – Unimeta

Multas, sanciones, incumplimientos contractuales, debido proceso, naturaleza jurídica, régimen legal.

KEY WORDS

Fines, sanctions, breach of contract, due process, legal nature, legal regime.

CAPÍTULO 1: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES

Cuando se hace referencia a la acepción

naturaleza jurídica, se está frente al origen y al concepto mismo de una determinada cuestión, por lo que se procederá a ahondar en la *naturaleza jurídica* de las sanciones, multas e incumplimientos contractuales establecidos por la Administración. Toda vez que presentan una serie de características y detalles, los cuales revisten de especial importancia para el derecho administrativo, que muchas veces no son lo suficientemente claros o que se desconoce el fundamento y el fin que persiguen los mencionados conceptos.

Por lo anterior, se expondrán uno a uno los conceptos ya descritos partiendo de lo general, es decir, la potestad del Estado a través de la cual se establecen unas prerrogativas y facultades en su actuar hasta concretizar las diferentes manifestaciones de ese *ius puniendi* estatal.

Lo anterior, a la luz del debido proceso que constituye garantía fundamental frente a la actuación de la Administración Pública y que orienta la imposición de multas, el establecimiento de sanciones administrativas y las declaratorias de incumplimientos contractuales.

1. POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

El poder sancionatorio es conocido a la luz de la Corte Constitucional Colombiana, como el *Ius Puniendi* de la Administración, (SC160, 1998). Por su parte, Ramírez Torrado (2010) la ha traducido en las diversas facultades y herramientas estatales empleadas para lograr el cumplimiento de los fines del Estado, por medio de la coerción dotada a las entidades estatales por el legislador con el fin de garantizar la protección del interés general.

Dicho poder sancionatorio en cabeza de la Administración, se traduce en la facultad de autorregularse por medio de multas destinadas al contratista por incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la Administración, es decir, consiste en una potestad fiscalizadora en relación con las conductas de los administrados y la imposición a los mismos de una serie de medidas limitadas de derechos, derivadas de la inobservancia de preceptos legales, en esta ocasión, la desobediencia del cumplimiento contractual (Velásquez Muñoz, 2004).

A luces de la Corte Constitucional (C-160, 1998) la facultad sancionatoria de la Administración Pública, se deriva del poder punitivo del que se ha dotado la misma, la cual, debe responder a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen el poder sancionador. A su vez, manifiesta el máximo Tribunal Constitucional, que dicha función no debe desnaturalizar las características de las ramas del poder público, respetando el interés general y enmarcado en la transparencia y la ley (Monroy Serrano, 2016).

Ahora bien, la comentada potestad sancionadora debe estar sometida a claros principios constitucionales que se derivan especialmente del derecho al debido proceso, de ahí que no se trate de una potestad ilimitada sino que debe guiarse por parámetros o principios de carácter superior (Quintero Múnera & Páez Ibañez, 2015).

Si se ahonda más en el tema, la potestad sancionadora de la Administración se compone de tres elementos integradores, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano.

El primero es el “mecanismo de autoprotección” inherente a la Administración cuyo fin es materializar sus cometidos, el segundo elemento se enmarca en la “competencia”, la cual en virtud al contrato, para su observancia, las entidades públicas se encuentran facultadas para imponer medidas disuasorias y correctivas a sus administrados, y finalmente se hallan los “medios punitivos”, que se definen en los instrumentos de la Administración a través de los cuales se efectivizan sus cometidos (López Cogua, 2015).

De lo anterior, se tiene que, la potestad sancionadora de la Administración busca unos fines determinados en aras de garantizar que los administrados cumplan sus obligaciones y de la misma forma, se mantenga la armonía del aparato estatal.

A luces de Marín Calderón, refiere que se trata de una:

Manifestación sancionatoria del poder del Estado cuyo ejercicio corresponde a los servidores públicos, con el objeto de conseguir la satisfacción del interés general, lo que significa que hay consecuencia jurídica cumplimiento o no, de determinado deber u obligación producto de una relación contractual. (2015, p. 76)

Se puede observar de lo anterior, que existe un sujeto activo al cual se le transmite esa potestad sancionatoria, este es, el servidor público que es quien concretiza la idea de un poder dado al aparato estatal, y es quien a la postre va a usar esta prerrogativa dada por el ordenamiento jurídico.

1.1. Sanciones administrativas

La sanción administrativa es la manifestación de la potestad punitiva del Estado, a través de la cual busca garantizar el equilibrio jurídico, este concepto tiene un carácter contrario, en la medida que implica una consecuencia negativa a partir del cumplimiento de unos postulados.

Ochoa Tobar (2011) refiere, respecto de las sanciones impuestas por la administración dentro del desarrollo de sus funciones, que se trata de un elemento indispensable y no solo conveniente por cuanto “otorgando esta potestad se asegura que la administración tenga un medio coercitivo ágil para instar a las personas a acatar sus órdenes, facilitando de esa manera el logro de sus fines”. (2011, p. 34)

Es así como, la Corte Constitucional en Sentencia C-564 de 2000, la define como la respuesta del Estado, como consecuencia de la falta de observancia, por parte de los ciudadanos de una serie de obligaciones y mandatos, preestablecidos legalmente, bien sean de carácter general o específico.

Debido a lo anterior, dichas obligaciones buscan garantizar que el aparato estatal desarrolle sus actividades debidamente y cuando ello no ocurre, y se omiten esa serie de obligaciones, el Estado despliega su poder punitivo a través de una sanción previamente

establecida ya sea en el ordenamiento o a través de un negocio jurídico y constituye una garantía de equilibrio estatal.

En el mismo sentido, manifiesta la alta Corporación que debe cumplir con una serie de elementos de proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de limitar de cierta forma ese poder del Estado y proteger al administrado de las arbitrariedades, esto, en concordancia con el principio de legalidad, como punto cardinal del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, C-564, 2000).

A luces de Luis Villar Borda (2007) y Philipp Reclam Jun, (1949) el Estado Social de Derecho definido en el artículo primero de la Constitución Política de 1991, constituye una norma estructural del Estado, manifiesta igualmente que la incorporación de este principio al cuerpo de las constituciones es reciente, remontada en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, asimismo la Constitución Española de 1978 también proclamó que España era un Estado Social y Democrático de Derecho (Tamares, 1988 citado por Villar Borda, 2007 p. 73).

Para Heinz Mohnhaupt el “Estado de Derecho constituye el único medio que permite lograr una expansión de la personalidad individual y su promoción, de él resultan derechos importantes de los ciudadanos que corresponden a la idea de participación en la vida del Estado y de seguridad de la esfera de libertad: los derechos fundamentales mencionados por la Constitución” (s.f. p. 76).

En cuanto a la proporcionalidad, la teoría jurídica alemana, parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Ésta ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad (Alexy, 1993).

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional

determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. (Corte Constitucional, C-022, 1996).

La Corte Constitucional en Sentencia C-125 de 2003, respecto de la proporcionalidad, explicó que a través de este principio se persigue la existencia de una relación de tipo adecuado respecto de una sanción con el fin de una disposición legal, adicionalmente, implica que no se sancione ni se tomen determinaciones con excesiva rigidez por una determinada conducta, sin perjuicio de la protección de los fines del Estado.

El Doctrinante Tirado Barrera (2011), hace una importante manifestación, respecto de la cual “el principio de proporcionalidad y el Derecho Administrativo se encuentran íntimamente relacionados, pues aquel se constituye como el instrumento técnico más idóneo para asegurar que el ejercicio de los derechos fundamentales no pueda ser restringido más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de los interés públicos.

De otro lado, para Bardales Castro (2013) el principio de razonabilidad orienta las actividades de las entidades estatales y a partir de este, se debe garantizar una actuación acorde y limitada por la prerrogativa otorgada y teniendo en cuenta la relación proporcional entre los medios y los fines que se persiguen con determinada decisión de la administración.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido anteriormente, los principios de proporcionalidad y razonabilidad son fundamentales dentro de las sanciones administrativas. En primer lugar, el principio de proporcionalidad, a través del cual se establecen una serie de supuestos para determinar si la sanción es proporcional a la falta cometida, esto, con el fin de limitar la manifestación excesiva del *ius puniendi* estatal.

Por lo que, se debe observar la legitimidad del objetivo perseguido por la sanción, el medio empleado y la relación que existe entre estos elementos, lo cual envuelve ejecutar un análisis consecuente de la situación concreta a fin de clarificar y determinar la sanción aplicable y así garantizar tanto los mandatos de la Administración como los derechos del administrado (Ramírez Torrado, 2010).

De la misma manera, el principio de razonabilidad, que fundamenta y orienta las sanciones administrativas, tiene un carácter muy amplio, pero se trata de la necesidad según la cual la Administración debe asegurar que con las sanciones adoptadas se cumpla el fin perseguido, elemento que a luz del derecho contractual puede precisarse como la conminación del contratista a su cumplimiento.

El Consejo de Estado, definió la sanción administrativa como “un mal que impone la administración a un sujeto (en este caso contratista). Se está entonces frente a un mecanismo de carácter coercitivo, que implica la privación de un derecho o de un bien jurídico como respuesta a la realización de un comportamiento o conducta humana. La reacción de la administración no es otra cosa distinta que una respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, 20738, 2012).

En otras palabras, no debe imponerse la sanción infundadamente, sino que, existe la necesidad de analizar si a través de esos medios usados se va a alcanzar un fin de carácter relevante para el aparato estatal, en consecuencia, debe existir una clara relación entre los medios y el fin hacia el cual se dirige la sanción (Silva Duarte, 2014).

Las sanciones de la Administración pueden presentarse de diversas formas, para la presente investigación, a continuación, se analizarán; en primer lugar, las multas y posteriormente las declaratorias de incumplimiento.

1.2. Multas

Las multas son sanciones de carácter económico ejecutadas por parte del Estado, que tienen como fin instar a la parte que recibió la sanción a realizar una determinada acción, por tal razón se trata de una obligación que es cuantificable en dinero y debe ser asumida por la parte a la cual es atribuible el comportamiento que la generó.

Dentro del compilado de multas, como lo afirma Sánchez, "la multa es una cláusula penal con función sancionatoria, punitiva o de apremio" (2016, p. 10). En el marco de las multas del

artículo 86, al buscar el cumplimiento contractual, se habla de las multas como la materialización de la cláusula penal con función de apremio en los contratos estatales.

Dentro de la esfera de la Contratación Estatal, la cláusula de multas se entiende como una coacción económica sobre el deudor, "encaminada a persuadirlo de la necesidad de cumplir bien y oportunamente las prestaciones a su cargo" (Suescún Melo, 2003, pp. 16-17). Se entienden, por tanto, como lo relaciona Sánchez (2016) como sanciones coercitivas provisionales cuya finalidad misma es la de "conminar al colaborador de la Administración a la correcta ejecución de las prestaciones convencionales" (p. 35). y no, la obtención del dinero de las sanciones.

Para el Consejo de Estado, la multa es una previsión contractual que se emplea cuando existe incumplimiento parcial o mora en la ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato estatal dentro del plazo que se había acordado para el cumplimiento de este. Su finalidad es la de constreñir al contratista incumplido (Colombia Consejo de Estado, S15011, 2005). El factor del tiempo es igualmente recogido por Borja Ávila (2009) quien refiere que las multas son aquellas estipulaciones cuyo fin es "castigar pecuniariamente la no ejecución de la prestación en el tiempo debido" (2009, p. 36).

La doctrina ha encontrado un punto común al definir las multas estatales, Palacio Hincapié agrega que son dichas sanciones que se despliegan como consecuencia al incumplimiento parcial del contratista, "cuando su conducta obligacional puede corregirse para la ejecución oportuna del contrato" (2010, p. 453), por tal razón se desprende su característica apremiante desde la esfera contractual, como también lo afirma Rodríguez Tamayo.

Para el Consejo de Estado (20738, 2012) se trata de una serie de medidas que tienen un sentido disuasorio, el cual persigue superar un incumplimiento de obligaciones contractuales. Por tal razón, como lo afirma Escobar Gil (2003) la imposición de multas busca apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, por medio de la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento. Esto indica que la finalidad de las multas se concibe para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones (Escobar Gil, 2003).

Como lo refiere Sánchez, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad dentro de los contratos estatales se pueden estipular cláusula de multas en relación con la estipulación accidental (1501 del Código Civil). Debido a que su finalidad es el cumplimiento contractual, se denominan medidas coercitivas provisionales, diferente de las definitivas como la caducidad. Toda vez que sancionan los incumplimientos parciales salvables que no llegan a imposibilitar la ejecución de las obligaciones pactadas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, S6631, 1992).

En el llegado caso que, dichas medidas coercitivas provisionales no resulten en el cumplimiento, la Administración está en la facultad de darle terminación unilateral a través de la caducidad, en particular cuando el incumplimiento imposibilita la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, Sección Tercera, S4550, 1986) Sin embargo, la caducidad no es objeto de estudio en el presente trabajo.

Es preciso anotar que los efectos de las multas no se limitan únicamente a la obligación en contra del contratista de pagar al erario un determinado monto, sino por el contrario, "afecta seriamente el derecho de la libre concurrencia a la contratación con entidades públicas, en razón a que el incumplimiento de contratos anteriores es un factor objetivo de evaluación de las propuestas" (Álvarez Chávez & Molina Castro, 2008, p. 39).

1.3. Declaratoria de incumplimiento

Cuando se habla de declaratoria de incumplimiento se está frente al acontecimiento a través del cual la Administración en uso de sus facultades legales y contractuales, declara que la parte frente a la cual tiene un vínculo jurídico quebranta alguna de las obligaciones previamente establecidas, por lo que se hace necesario declarar el incumplimiento de una parte en aras de proteger el interés general.

El Consejo de Estado (24697, 2013) ha puntualizado que los hechos integrantes de incumplimiento del contratista deben ajustarse al contrato. Es decir, que son las obligaciones derivadas del contrato las que determinan si éste se ha cumplido.

El Consejo de Estado respecto a las declaratorias de incumplimiento, ha dicho que se puede analizar desde una doble perspectiva; por un lado, se debe entender como un ilícito administrativo que posteriormente puede dar lugar a la declaratoria de caducidad, como una clara manifestación del poder punitivo de la administración. De otro, se trata de un ilícito civil el cual se endilga al contratista que debe responder por los perjuicios generados como consecuencia de su conducta frente al aparato estatal. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 00680-01(20738), 2012).

De lo anterior, se puede inferir que esta manifestación de la Administración debe obedecer a razones exclusivamente jurídicas y no de otra índole, ya que se trata de un concepto orientado a proteger al aparato estatal, las instituciones y el interés general.

Orrego Lombana (2013), citando a Palacio, indica que en los Contratos Estatales existen dos principales intereses, por un lado, se encuentra el contratista cuyo objetivo es conseguir utilidad económica como consecuencia del acto jurídico, y por el otro, la Administración Pública, quien propugna por una prestación eficiente de los servicios, observando siempre el interés general, el cual debe prevalecer siempre en este tipo de relaciones jurídicas.

En lo que tiene que ver con los contratos de la Administración, la declaratoria de incumplimiento implica unas potestades por parte del gobierno estatal superiores frente a la otra parte contratante, poderes que tienen carácter irrenunciable y que implican que el contratista que se encuentra en mora de hacer algo al favor del contratante es decir la entidad estatal, caiga en una situación que conlleva a la obligación de declarar el incumplimiento atribuido (Benavides Russi, 2006).

2. DEBIDO PROCESO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO

Se entrará a analizar el debido proceso, toda vez que, las entidades públicas sometidas al Régimen de Contratación Pública hacen alusión a dicho derecho y principio, en aras de dilatar tangencialmente el procedimiento de la imposición de sanciones contractuales que pueden

desencadenar en multas, burlándose del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción y contrariando el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en el cual se consagra que el procedimiento ha de ser mínimo y breve.

2.1. Definición del debido proceso

El Consejo de Estado estableció que “el debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos”. (18394, 2010, p. 38).

Es uno de los derechos que constituyen la base fundamental dentro de la actividad estatal, es así como, dentro del derecho comparado existen diferentes definiciones respecto de este principio. Dentro de las cuales llama la atención la de López Olvera en el cual establece que se compone principalmente de tres elementos; en primer lugar, lo relacionado con el *derecho a ser oído* según el cual el administrado cuenta con la posibilidad de dar a conocer las razones de su defensa frente a determinada conducta y se trata de una clara manifestación de la eficacia política y administrativa de las instituciones (2012).

En segundo lugar, el *derecho a ofrecer y producir pruebas*, a través de este elemento, se presenta la posibilidad de ofrecer pruebas por medio de las cuales se establece la posibilidad de tomar decisiones respecto de la materia objeto de la controversia y que permiten aclarar los hechos presentados.

En tercer lugar, el *derecho a una decisión fundada*, se relaciona directamente con la necesidad de fundamentar de forma razonable y clara teniendo en cuenta las disyuntivas presentadas respecto de una determinada conducta (López Olvera, 2012).

En el ámbito internacional, la Comisión Interamericana de Derechos humanos (CIDH), ha dicho respecto del debido proceso, que esta garantía conlleva una obligación clara por parte de los Estados, de establecer una serie de parámetros transparentes y observables relativos al proceder de sus funcionarios con el fin de evitar “márgenes inadecuados de discrecionalidad en

la esfera administrativa que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 56).

2.2. Elementos del debido proceso

Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que el debido proceso tiene unos elementos que hacen parte de su esencia así:

En primer lugar, “la garantía de una audiencia de determinación de derechos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pp. 56-57), a partir de este elemento se entiende que, a lo largo de la imposición de una multa, sanción administrativa o declaratoria de incumplimiento, se tiene la posibilidad por parte del sancionado al cual se le impone alguna de las medidas mencionadas, de ejercer su derecho de defensa para lo cual tendrá el tiempo necesario de conocer las distintas situaciones que le son imputadas, en aras de realizar una efectiva defensa.

En segundo lugar, la “notificación previa” respecto de la existencia de un proceso, con miras a proteger el debido proceso. En tercer lugar, el “derecho a contar con una decisión fundada” que permita conocer de manera clara y concisa las razones que llevaron a la imposición de una sanción administrativa o declaratoria de incumplimiento contractual.

En cuarto lugar, la “publicidad de la actuación administrativa” ya que de esta forma se garantiza que la parte frente a la cual se endilga alguna responsabilidad conozca los elementos que hace parte de la actuación del órgano estatal dentro del procedimiento de imposición de multas, sanciones e incumplimientos.

En quinto lugar, el “derecho al plazo razonable del proceso administrativo” este elemento está referido a que la actuación administrativa debe realizarse dentro de un tiempo razonable ya que las demoras llevan a una afectación de los derechos de las partes y generar daños mayores. En sexto lugar, el *derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas* referido a la posibilidad de contradecir y tener la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones administrativas, ya que la Administración no está exenta de arbitrariedades ni errores. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007)

En suma, estos elementos esenciales dispuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se quebrantan de cierta manera por los contratistas privados frente a los procedimientos de multas, sanciones e incumplimientos contractuales, pues aprovechándose de su carácter apremiante, dilatan indiscriminadamente el procedimiento para cumplir el contrato en un plazo extemporáneo sin represión alguna.

2.3. Alcance del debido proceso

Por otra parte, el alcance que tiene el debido proceso dentro del derecho administrativo, tiene una serie de implicaciones, dentro de las cuales Carvajal (2010) menciona la necesidad de acoger los distintos procedimientos administrativos previamente establecidos en la ley y sus diferentes actos reglamentarios de las funciones de carácter administrativo, en este caso fundamentalmente referidos a las formas administrativas sancionatorias.

Para Gordillo, el debido proceso, tiene un “carácter universal, sin necesidad de norma que lo consagre (...) este principio se aplica por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de Derecho” esta afirmación es muy importante en la medida que caracteriza la esencia del debido proceso y su naturaleza jurídica (citado por Fundación de Derecho Administrativo, 2013).

En la misma dirección el precitado autor manifiesta que el debido proceso administrativo impone cargas y obligaciones a todos los poderes estatales establecidos y a todos los sujetos que puedan equipararse a una autoridad administrativa o a un servidor público.

En esa medida la Administración debe responder al fenómeno de la *constitucionalización* del derecho “internalizándolo”, es decir, asumiéndose como el primer garante de la vigencia material de los derechos fundamentales y de las demás normas constitucionales (Carvajal, 2010).

El debido proceso, es un límite al poder sancionatorio, ya que mediante el mismo se permite orientar la actuación de la Administración otorgando una serie de garantías sustanciales

y procesales consagradas Constitucional y legalmente, cuyo uso estimamos excesivo, desbordado y en ocasiones dilatorio.

Siguiendo a Carvajal, se puede entender que el debido proceso está dirigido a que

Personas que participan en procesos administrativos tienen el derecho a la aplicación de normas de procedimiento que les garanticen la imparcialidad del servidor público competente, un tratamiento igual, la oportunidad de practicar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra y, en fin, una decisión fundada en la ley y en la igualdad real que ante ella consagra la constitución (2010, p. 23).

En el mismo sentido establece el autor que la principal consecuencia de desconocer este principio dentro de determinado procedimiento administrativo, quebranta el acceso a la administración de justicia en un sentido amplio, que a su criterio es uno de los elementos esenciales del derecho administrativo. (citado por Corporación Excelencia en la Justicia, 2008).

Por lo que, en varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, especialmente en lo concerniente a la preexistencia de la Ley. Toda vez que, en virtud del debido proceso, la sanción debe estar contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley, sin perjuicio de que la norma que la contiene deba establecer con claridad la sanción, o en lo mínimo, permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Equivalentemente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad. (Corte Constitucional, C-853, 2005, p. 79)

2.4. Debido proceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Dado lo anterior, y aterrizando en el objeto de estudio, se tiene que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se encuentra en armonía con el debido proceso, debido a que, en principio, se separa tangencialmente de la finalidad de la multa, al consagrar un procedimiento tedioso, en donde la suspensión y reanudación de las audiencias no tiene límite en el tiempo, contrariando la intervención mínima del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no establecen garantías de control y vigilancia, ya que la Administración pública al ser *Juez y parte* dentro de dicho procedimiento,

es proclive a carecer de imparcialidad cuando ha contratado con este particular o entidad, en diversas ocasiones, guiada por factores políticos.

Es necesario recalcar que “la Administración pública debe ceñirse al debido proceso ya que se trata de una facultad que hace parte de un “ejercicio del privilegio de la auto tutela declarativa o de la ejecución previa y ejecutoria por afectar los derechos e intereses del particular que colabora en la gestión contractual pública”. (Alvarez Chávez & Molina Castro, 2008)

2.5. Postura de la Corte Constitucional frente al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Sin embargo, la Corte Constitucional (C-434, 2013), ha sentado una posición sobre el análisis de los componentes del procedimiento en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señalando que dicha disposición implica:

- a) La citación del contratista presuntamente incumplido;
- b) La información en dicha citación de las razones por las que se le cita a audiencia;
- c) La fecha y hora de realización de la audiencia;
- d) Citación a los garantes que, eventualmente, puedan tener interés en las resultas de la actuación;
- e) La posibilidad de aportar y controvertir pruebas que demuestren su posición;
- f) El derecho de uso de la palabra en la audiencia;
- g) La obligación de que la entidad motive la decisión sobre el incumplimiento o demás eventualidades por las que se haya iniciado el procedimiento;
- h) La forma en que se entiende notificada dicha decisión;
- i) Los recursos que contra la misma proceden;
- j) La forma de notificar la respuesta al recursos interpuesto;
- k) La posibilidad de suspender la audiencia con fines de suficiencia probatoria; y
- l) La posibilidad de finalizar el procedimiento sancionatorio por cesación del incumplimiento.

Refiere la Corte Constitucional que las etapas, actuaciones, posibilidades y garantías que brinda el procedimiento previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 demuestran la

existencia material –por contraposición a la mera formalidad- de un procedimiento para la imposición de sanciones derivadas de los contratos sometidos al régimen de contratación pública (Corte Constitucional, C-434, 2013).

No obstante lo anterior, se observa que las dos últimas características del proceso sancionatorio al incurrir el contratista en incumplimiento de sus obligaciones contractuales son la (I) posibilidad de suspender la audiencia con fines de suficiencia probatoria, y la (II) posibilidad de finalizar el procedimiento sancionatorio por situación de cesación del incumplimiento, Se observan allí dos aspectos. El primero el carácter eminentemente apremiante del procedimiento estatuido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y del otro lado el carácter dilatorio, pues no impone un término perentorio para la culminación del mismo, alcanzando a ser inclusive años, como se ve en la práctica.

Situación que no debería ocurrir, toda vez que la Administración no está facultada para decidir en qué fecha profiere la decisión de multar y/o declarar el incumplimiento al contratista en el entendido que dicho trámite está sometido al imperio de la ley. En virtud a los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el procedimiento debe ser breve y sumario, el cual hipotéticamente impedía que la Administración arbitrariamente prolongue en el tiempo la decisión definitiva en materia de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimientos, inclusive, así el contratista dilatará injustificadamente o bajo el manto de insuficiencia probatoria.

Para concluir este acápite, es cierto que el contratista cobijado en el debido proceso puede interponer acciones legales instituidas en la Ley como es el caso de recusaciones, impedimentos, acciones de tutela, recursos de reposición, apelación entre otros. En últimas, dichas actuaciones dilatarían el proceso evitando la imposición de alguna sanción, debido a que se cobijan excesivamente dentro del manto del debido proceso.

CAPÍTULO SEGUNDO: ÁMBITO LEGAL DE LAS MULTAS, SANCIONES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ESTATALES

Una vez estudiada la naturaleza jurídica de las multas contractuales, sanciones e incumplimientos contractuales, se dará paso a estudiar el avance legislativo y regulatorio que le es aplicable a las cláusulas sancionatorias del Estado, desde la adopción del Código Francés de 1804, hasta la implementación del Decreto 1082 de 2015 y el fallido proyecto de Ley de Colombia Compra eficiente.

Pese a que esta iniciativa no prosperó, el precedente que marcó en relación a las multas es de importante estudio, describiendo finalmente el régimen legal vigente en relación con la imposición de multas, sanciones e incumplimientos contractuales.

1. Evolución legal de las multas, sanciones e incumplimientos contractuales estatales

1.1. Sanciones por incumplimientos contractuales en el siglo XIX en Colombia

En la década de 1850 y como consecuencia de la implementación gradual del Código Civil francés en Colombia, se acoge por primera vez la *cláusula penal pecuniaria* aplicable a los contratos estatales únicamente a favor de la entidad contratante.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic, definen la cláusula penal como “la estipulación en que las partes de un contrato convienen que en caso de incumplimiento o de retardo por uno de los contratantes, éste quedará obligado a efectuar determinada prestación” (citados en Buitrago Vargas, 2014, p. 29).

Para Naranjo Flórez “una pena en dinero se aplicaba al contratista cuando incumplía sus obligaciones con el Estado, quien debía estimar en el contrato los posibles perjuicios que podría sufrir en caso del incumplimiento del contratista” (Naranjo Flórez, 2004). Es así como para la expedición de la Constitución de 1886, en Colombia ya se practicaba un régimen liberal en la

contratación estatal, cuyo régimen legal era similar al aplicado en la contratación privada entre particulares.

1.2. Sanciones por incumplimientos contractuales a principios del siglo XX en Colombia

Como consecuencia, dicho régimen es acogido en 1909, por medio de la Ley 53 que instituyó por primera vez la cláusula de la caducidad administrativa. Expresamente, su artículo cuarto estipuló que todo contrato que el gobierno celebrara sobre construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos, se estipularía indispensablemente una cláusula penal pecuniaria para el caso en el que el contratista faltare el cumplimiento del contrato por su culpa. (Ley 53, 1909, art. 4) Es de aclarar que en el presente trabajo no se ahondará sobre la caducidad de los contratos, pues es un tema que conllevaría otro artículo investigativo de estudio.

Obsérvese como, por disposición legal en ciertos contratos frente al incumplimiento del contratista se debía ejecutar por parte de la Administración la cláusula penal, bien fuera en relación con el plazo o forma, o incluso si no se hubieran pactado.

Preceptuaba que el Ministerio respectivo tenía la potestad de declarar la caducidad cuando la falta por incumplimiento le fuera imputable. El artículo quinto de la Ley 53 de 1909 disponía que “cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior, el ministerio respectivo podrá declarar esta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ello y esta falta le sea imputable” (Ley 53, 1909, Art. 5).

Afirma Naranjo Flórez que décadas posteriores las Leyes 63 de 1921 y la Ley 106 de 1931 hicieron extensivos los privilegios excepcionales de la caducidad, la cláusula penal pecuniaria y la exigencia del procedimiento de la licitación a los contratos de suministros y prestación de servicios.

Así mismo el Decreto extraordinario 2880 de 1959 incluyó en este sentido la cláusula penal pecuniaria y de multas para los contratos de suministros celebrados por el Estado, el valor

de dichas sanciones podía ser tomado directamente de la póliza, compensado por los valores adeudados o vía jurisdicción coactiva (Arts. 45,46 y 47, 2004).

Ya en 1976, por medio del Decreto 150 -compilador de la contratación pública Colombiana-, se incluyeron cláusulas penales, garantías y multas imperativas en todos los contratos de la Administración Pública, así como el cobro unilateral de estas.

Dicho postulado fue sumamente importante pues pregonaba el carácter vinculante de la imposición de multas y penas pecuniarias. Lo mas importante, es que las justificaba en el deber fiscal de garantizar la ejecución del contrato siendo la multa y la pena pecuniaria herramientas para conseguir tal fin, verbigracia en el caso de multas por mora o incumplimiento parcial.

La multa tenía una naturaleza de indemnización y la cláusula penal de garantía de cumplimiento de la obligación. En esta instancia es evidente que la naturaleza de las cláusulas penales y de multas era en un principio, auténticas cláusulas exorbitantes, como instrumento para la consecución de los fines estatales, (Morales Castro, 2012, p. 8), actualmente las multas ya no tienen carácter exorbitante, pues se encuentran establecidas por disposición legal.

Las cláusulas exorbitantes indica Niño Zambrano citando a la revista Opinión Jurídica

Constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa, y se les otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente. (Niño Zambrano, 2011, p. 23)

El Decreto 222 de 1983, fue una disposición de suma importancia que conservó como vinculantes las sanciones en la contratación pública, en sus artículos 71 y 72 prácticamente transcribió lo dispuesto en el Decreto 150 de 1976 en relación a la imposición de multas por incumplimiento parcial o mora, soportada en el principio de la *autotutela* (García de Enterría & Fernández,

2002), así como el poder desorbitado del Estado, en el entendido que la estipulación de estas sanciones era obligatorio y su cobro facultativo, es decir, podía de un lado, imponer la multa o cláusula penal en el evento de caducidad, o declarar el incumplimiento del contrato.

En conclusión, se desvanecía el carácter convencional de estas figuras para convertirse en un privilegio estatal en la celebración de contratos y por lo tanto, enmarcándose dentro de las “Cláusulas Exorbitantes”.

1.3. Ley 80 de 1993- Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, expedida con la finalidad de ser el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que derogó expresamente el Decreto 222 de 1983, solo presentó una breve referencia a la naturaleza de las multas contractuales y las sanciones, sin embargo, debido a la costumbre controversialmente, se siguió estipulando dicha clase de cláusulas.

Debido a la falta de certeza después de la promulgación de dicho Estatuto, el Consejo de Estado resolvió parcialmente la controversia, pues bifurcó su sentir entablando dos posiciones doctrinales. De un lado dispuso que el legislador a través de su instrumento no le dio la prerrogativa a la Administración de consagrar multas como sanciones que pudiera imponer unilateralmente, a luces del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Ariza Moreno, 2000). Es decir, reconoció el carácter exorbitante que le es inherente a estas instituciones jurídicas.

Posteriormente yuxtapuso su posición, y manifestó que dichas cláusulas podían ser pactadas, pero únicamente a favor de la entidad estatal y con la potestad para hacerlas efectivas unilateralmente en los casos de incumplimiento (Morales Castro, 2012, p. 94).

Posición que fue complementada por Auto del 06 de agosto de 1998, Exp. 14558, en donde dicha Corporación manifestó que la Administración Pública tenía competencia para imponer unilateralmente la sanción, sin tener que acudir al Juez, siempre que fuesen pactadas en

el Contrato estatal, “en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.” (Consejo de Estado, 1998, 14558).

Surge con la providencia del 20 de octubre de 2005 (Consejo de Estado, Sala Tercera, 2005, 14579) un cambio jurisprudencial nuevamente, al sentarse una posición intermedia, la cual interpretaba que en virtud a lo establecido en el Estatuto de la Administración Pública de 1993, la Administración no tenía la facultad de punir con multas al contratista incumplido, a través de la expedición de actos administrativos.

Contrario sensu era su deber acudir al Juez del contrato - esta posición se entabló hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007-, salvo que se hubiese pactado por las partes, en virtud a lo dispuesto en el artículo 13 y 18 de la Ley 80 de 1993. Se fundamenta este cambio de posición, resguardado bajo el principio de legalidad, el cual implica que las funciones que cada servidor público detenta, hayan sido asignadas previamente en virtud a lo establecido en la Constitución Política y en la Ley o Reglamento regulador, y defiende al ciudadano contra los abusos arbitrarios estatales.

Asimismo, manifiesta que, en el ámbito de la contratación estatal, resalta el criterio de igualdad entre los actores, y literalmente expresa su especial preocupación en relación a las cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 eran preferenciales, pues su carácter era de obligatoria inclusión.

A su vez, gira completamente su posición anterior al advertir que, con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato. (Consejo de Estado, 14579, 2005).

En esta providencia manifiesta el máximo Tribunal Administrativo, que la Ley 80 de 1993, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, sino que limitó la aplicación de cláusulas

excepcionales al derecho común, creando criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria.

Sin embargo, aclara que el espíritu legal del Estatuto del 93, sobre la prohibición de imposición de sanciones unilaterales se consagra sin perjuicio de que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad puedan pactar la existencia de tales cláusulas, y finiquita sentenciando: “pero lo que no puede hacer es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues... dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la Ley 80, tal facultad fue derogada.” (Consejo de Estado, 14579, 2005).

Para mayor claridad sobre las posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, en relación con el carácter de las cláusulas de multas se expondrá una línea jurisprudencial (Ver Anexo 1).

1.4. Ley 1150 de 2007

Ahora bien, aproximadamente dos décadas después se expidió la Ley 1150 de 2007 que modificó parcialmente el Estatuto Único de Contratación del 93 o Ley 80 de 1993, en relación con el tema objeto de estudio, aclaró la facultad de imponer unilateralmente las multas y la ejecución de la cláusula penal al contratista incumplido.

En su artículo 17 otorga competencia a las entidades públicas para sancionar con multas de forma unilateral. Sin embargo no adujo procedimiento alguno para dicho fin; empero consagró que el debido proceso sería un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.” (Ley 1150, 2007, art. 17).

La Corte Constitucional en Sentencia C 034 de 2014, adujo que el debido proceso como derecho fundamental posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que

operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. (Corte Constitucional, C-034, 2014).

Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte:

(...) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. (Corte Constitucional, C-034, 2014, p. 12)

Dicho artículo 17 refirió que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrían la facultad de imponer multas pactadas para conminar al contratista a su cumplimiento, en virtud al deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 1150, 2007, art. 17).

De este modo, refiere Morales Castro que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 "faculta a la Administración para imponer y ejecutar las multas preliminarmente pactadas con el fin de obligar al contratista a cumplir con las obligaciones establecidas". (2012, p. 106) Teniendo inclusive, la potestad de declarar el incumplimiento contractual para tal fin, siempre y cuando se obedezca el debido proceso (art. 29 y 209 constitucional) que congrega unos requisitos procedimentales mínimos, verbigracia, la imposición de sanciones previa audiencia del afectado.

Si bien no relaciona un procedimiento específico, procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, cuando no esté pendiente, habrá operado la caducidad y será el Juez del contrato quien decida al respecto.

En principio se resalta la unilateralidad de la imposición de multas, además es de anotar que la decisión se sostiene por un carácter ejecutivo, pues refiere que para hacer efectivo el pago la Administración Pública puede hacer uso de la (i) compensación de las sumas adeudadas al contratista, (ii) cobro de la garantía, (iii) o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites de la legalidad y proporcionalidad.

1.5. Decreto 2474 de 2008

Un año después se promulga el Decreto 2474 de 2008 que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, en su artículo 87 sobre el procedimiento a adoptar para la imposición de multas que no había sido tratado por las disposiciones anteriores; desarrolla el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Este artículo además de intentar trazar unos lineamientos procedimentales, reafirma el carácter de cláusula exorbitante de las multas al señalar que "la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones", esto indica que si no están pactadas la Administración Pública no tiene la potestad de la imposición de multas, como se desarrollaba en líneas anteriores.

Como cláusula exorbitante se entiende que es aquella que nace como una manifestación de la exorbitancia reconocida a los aparatos estatales, como parte de las funciones administrativas legalmente establecidas y que tiene como finalidad proteger el interés público y cumplir los fines del estado (Osorio Moreno, 2013).

De acuerdo con lo anterior, el Estado tiene una serie de prerrogativas que hacen que tenga cierta superioridad, como parte de su legitimidad y el poder soberano que ostenta (Osorio Moreno, 2013).

Ahora bien, una posición contraria al respecto de las cláusulas exorbitantes, es la expuesta por Güechá Medina en el sentido que manifiesta que:

El ordenamiento jurídico colombiano, en lo que refiere a las cláusulas exorbitantes o excepcionales, ha determinado una supuesta consagración legal de las mismas; en la medida, que ha pretendido hacer una inclusión expresa de tales cláusulas en el estatuto contractual; pero al ser establecidas por la ley de contratación, lo que hace es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, desvirtuando la naturaleza propia de lo que se conoce cláusulas de un contrato. (Güecha Medina, 2006, p. 45)

El artículo 17 pregoná que, en virtud de respetar el derecho a la audiencia del afectado, la entidad establecerá en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el cual, se precisará el mecanismo que le permitiría al contratista ejercer su derecho de defensa previamente a la imposición de la sanción; afirma que de todo lo actuado se dejará constancia en el acto administrativo de imposición.

Finalmente, condiciona la imposición de multa, de un lado *(I)* que se surta en virtud a un procedimiento preestablecido en el manual de contratación (principio de legalidad) *(II)* que el contratista aun no haya ejecutado la obligación pendiente, de lo contrario, no se puede imponer.

Ahora bien, tal norma fue criticada por el Consejo de Estado en el entendido que no era de recibo que la entidad a su discrecionalidad, a través de sus manuales de contratación, instituyera aspectos procedimentales que comprometieran o condicionaran las garantías propias del derecho del debido proceso reconocido a toda persona (Consejo de Estado, 36054, 2010).

Es así que recalcó que cuando se tratara de la relación extra-orgánica que se establece entre Administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constatará que la ley no había definido los mínimos procedimentales, era preciso acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, posición que también adoptó la Corte Constitucional, quien ha establecido que desde la expedición de la Constitución de 1991, con ciertas excepciones, todo procedimiento administrativo especial debía regularse a través de la Ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo (Santofimio Gamboa, 2003).

Sin embargo, el artículo 87 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante Sentencia de abril 14 de 2010, rad. 36054, pero únicamente en tanto se interpretará que facultaba a la Administración para crear procedimiento administrativo sancionador.

En suma, este Decreto le otorgó la facultad a las entidades de instituir en su manual de contratación el procedimiento para la imposición de multas y sanciones, por esta razón eran ellas las encargadas de establecer en sus Manuales las distintas ritualidades a seguir para la conminación, pero además fue expreso al indicar que no podría imponerse multa o sanción con posterioridad a que el contratista hubiese ejecutado la obligación pendiente.

1.6. Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción

El artículo 87 declarado nulo, se expidió en el Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011, el cual incluyó algunas disposiciones encaminadas a establecer un procedimiento que garantizara la observancia del derecho al debido proceso.

En la exposición de motivos del proyecto de Ley de la precitada norma, señalaba el legislador, que a la fecha de su expedición no existía un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido.

A su vez, que el Estado debía poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. Sin embargo, pese al progreso de la Ley 1150 de 2007, se necesitaba instruir a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, sin perjuicio de la garantía del debido proceso. (Corte Constitucional, C-499, 2015)

Para el efecto se estableció un procedimiento oral administrativo, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerciera su derecho a la defensa, y la entidad adoptara la decisión que correspondiera en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. (Corte Constitucional, C-499, 2015).

Sin embargo, este principio de concentración raya con la realidad, debido a los constantes aplazamientos del contratista para cumplir con la obligación y en últimas no recibir ninguna sanción, lo anterior en relación con el carácter apremiante de la figura jurídica.

En el referido artículo señalaba la norma que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrían declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (Ver Anexo 2).

Resáltese que, en el entendido de cesar el incumplimiento por parte del contratista, el procedimiento terminaría, y sería objeto de archivo, de no ser así, rayaría con el principio de legalidad, imparcialidad, igualdad, presunción de inocencia, además que contrariaría la finalidad misma de la naturaleza de las multas, la cual constituye en apremiar el cumplimiento del contratista.

Sin embargo, como lo expone Morales Castro (2012), la potestad establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se encargó de llenar el vacío que se generó a partir de la expedición del Decreto 2474 de 2008 en lo que tenía que ver con el procedimiento consagrado para la aplicación de las sanciones pecuniarias pactadas dentro de los contratos estatales.

La Corte Constitucional Colombiana, en su Comunicado No. 33 de Agosto de 2015, estableció que la potestad de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en las entidades sometidas al Estatuto de la Ley 80, estaba respaldada Constitucionalmente en la medida que se tratara de un procedimiento administrativo reglado, el cual, estaría soportado por las pruebas que se practican y establecía la audiencia y participación del contratista, lo cual materializaba una firme manifestación de garantías como la igualdad, debido proceso y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. (Corte Constitucional, Comunicado No. 33, 2015).

El mencionado autor se cuestionó sobre la importancia del procedimiento pues refirió que no resolvía de fondo la temática de aplicación de sanciones pecuniarias al considerar que no existía

intervención obligatoria de un tercero imparcial dentro de la referida audiencia. La cual, a su vez, era dirigida por la entidad en su calidad de Juez y Parte, quien en la mayoría de los casos carecía de tiempo, herramientas y conocimientos necesarios para analizar y definir las circunstancias técnicas, administrativas y financieras incidentes directamente en la naturaleza del conflicto y su solución, (Morales Castro, 2012). Contrariando de tal forma, el artículo 209 constitucional.

El CPACA estableció el deber de las autoridades de observar absoluta objetividad y neutralidad en el desarrollo de la actuación administrativa que se concatena con el principio de igualdad (Const., 1991. Art. 13; Ley 1137, 2011, Art. 3, Nro. 2). Principios que flaquean cuando la Administración dentro de la potestad sancionadora asume conocimiento desde la fase instructora hasta la decisoria de la actuación, sin delegarla a distintas unidades o divisiones dentro de la estructura orgánica (Laverde Álvarez, 2018).

Por tal razón, como lo asevera García Gómez de Mercado (2017) queda comprometida su actuación como instructor. Pues en la etapa de instrucción se pueden presentar roces entre la entidad vigilada y la autoridad, generando, por tanto, prejuicios en el momento de la adopción de la decisión. (Laverde Álvarez, 2018).

Esto indica que, si bien es cierto el Estatuto Anticorrupción de 2011, trató de estructurar un procedimiento, que si bien es cierto debía regirse por el debido proceso como lo pregona el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Se observa a simple vista la parcialidad, al ser la Administración Pública Juez- Parte. Además requería la necesidad de un conocimiento amplio en derecho disciplinario para maniobrar los imprevistos de toda audiencia, mas aun, oral, la destreza para evitar dilaciones injustificadas por parte del contratista.

Si bien es cierto, la Administración Pública goza del principio de imparcialidad, con el cual “se procura garantizar que, en la búsqueda de la verdad real, la Administración actuará con objetividad en la toma de decisiones y con absoluto respeto hacia los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados”. (Vargas Lopez, s.f., p. 34) Resalta que “no obstante, es conocido que este precepto resulta cuestionable cuando es la propia Administración la que, en

la resolución de un determinado asunto, actúa como juez y parte.” (Ibíd.)

Dilaciones injustificadas, que si bien es cierto están soportadas por normas constitucionales, verbigracia, artículos 29, sobre el derecho al debido proceso; el 228, sobre perentoriedad de los términos; y el 229, sobre el derecho de acceso a la justicia (Constitución Política, 1991). En el mismo sentido, lo señala Ardila Trujillo (2009) en relación a que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, realmente escasean las líneas dedicadas a cuando el sindicado (en este caso de proceso sancionatorio el contratista) dilata injustificadamente el procedimiento.

En otro sentido, Quintero y Páez (2015) hacen una importante reflexión respecto de lo relacionado con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al manifestar que no obstante las medidas en torno a la potestad sancionatoria en el ámbito contractual siempre habían sido sometidas al ordenamiento jurídico, a través de actos administrativos susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo, su correcto ejercicio siempre había demandado observar el derecho al debido proceso al que, tanto desde el anterior como el actual estatuto contractual, no se le había impregnado la especial relevancia que tiene en materia sancionatoria.

Como lo anota Laverde Alvarez (2008) probablemente dicha Ley fue promulgada en virtud del populismo punitivo de una Ley Anticorrupción que atendía a la problemática sentada en la agenda pública. Especialmente frente a los problemas de corrupción sin embargo, el procedimiento desconoció los aspectos sustanciales del debido proceso como la prohibición de exceso, inclusive cuando dicho exceso es del propio debido proceso.

Se observa que la Ley 1474 de 2011 suplió la indefinición del procedimiento para incumplimientos, sanciones y multas, estableciendo mecanismos de regulación de la cláusula penal y las multas contractuales en aras de obligar el debido cumplimiento del contratista, no obstante lo anterior, se mantiene la posición dominante de una de las partes, cobijada bajo la *auto-tutela* con jurisdicción, competencia y decisión vinculante sobre la otra, que en este caso es el contratista incumplido.

Adicionalmente, fijó sanciones que exceden el carácter patrimonial de dichas figuras, pero como consecuencia de ellas, lo que parece indicar su carácter exorbitante (Morales Castro, 2012).

1.7. Decreto 734 de 2012

A continuación se expide el Decreto 734 de 2012 con posterioridad al estatuto anticorrupción el cual, dio continuidad a la disposición legislativa que facultaba a las entidades para instituir en su manual de contratación el procedimiento para la imposición de multas y sanciones, sin embargo adicionó la obligación de hacerlo en obediencia al art 86 de la ley 1474 de 2011 e igualmente se mencionó taxativamente que la entidad no podría imponer la multa si el contratista había cumplido con su obligación.

El principal aporte de este Decreto fue el de reiterar la aplicación del procedimiento contenido en la Ley 1474 de 2011 e instituir el pago de multas y cláusula penal pecuniaria en los rubros amparados por el régimen de garantías aplicable a los contratos estatales, situación que beneficia al contratista considerablemente, pues al incluir el pago de las multas en el régimen de garantías, implicaría la no afectación del patrimonio disponible para la ejecución, sin perjuicio del carácter exorbitante que es intrínseco a estas.

Morales Castro (2012) refiere que de esta forma el Decreto incluye el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria como rubros o siniestros que de manera expresa deben encontrarse amparados a favor de la administración dentro de la garantía aportada por parte del contratista.

En suma, complementa el artículo 86 ratificándolo, manteniendo la cláusula penal pecuniaria, pero no deja de lado la sombra de ser la administración Juez y Parte, sin tercero imparcial que aporte al juicio con objetividad y tecnicidad.

Adicionalmente, reafirma la naturaleza de estas cláusulas solamente hasta ese momento referida jurisprudencialmente, “considerando a la multa como una medida preventiva y a la cláusula penal como medida definitiva”, (Morales Castro, 2012, P. 56). Ahora bien, reitera lo

relacionado a la imposibilidad de la imposición de multa con posterioridad a la ejecución del contrato “reiterando el carácter eminentemente coercitivo y apremiante de la multa contractual someramente establecido por la Ley 1150 de 2007” (Morales Castro, 2012, P. 56). Por lo tanto, se permite al contratista corregir las eventuales circunstancias de incumplimiento.

1.8. DECRETO 1510 DE 2013

Sin embargo, dicho Decreto es derogado por el Decreto 1510 de 2013 el cual no hace referencia al procedimiento de las multas. No obstante, en su artículo 103 lo relacionado al Certificado del RUP, en el cual consagra que este certificado debe contener la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades, entre otras cosas (Decreto 1510, 2013).

Así mismo, se desarrolla esta nueva garantía para la Administración, en el entendido que, reportar la situación de multas y sanciones en el RUP (Registro Único de Proponentes) es de gran utilidad pues obliga de un lado al contratista a cumplir con sus obligaciones frente a la Administración Pública, y de otro lado, previene a otras entidades de la administración sobre la conducta del contratista.

El Registro Único de Proponentes (RUP) de acuerdo con la Cámara de Comercio de Bogotá

Es un registro de creación legal que llevan las cámaras de comercio, en el cual deben inscribirse las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia que aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales para la ejecución de obras, suministro de bienes o prestación de servicios, salvo las excepciones taxativamente señaladas en la ley (Cámara de Comercio de Bogotá, 2016, párr. 12)

Este Decreto dispone que las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones resultantes de los contratos que haya suscrito, debiendo permanecer en el RUP por un año, contado a partir de la publicación de esta.

Pues la imposición de multas o sanciones por incumplimiento reiterado genera para el contratista causales de inhabilidad para contratar conforme el art 90 del Estatuto Anticorrupción, sin embargo, al omitir su publicidad no cumpliría la multa o sanción con su cometido, permitiendo que los contratistas incumplidos continúen ejecutando procesos y poniendo el erario en juego.

1.9. Decreto 1082 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional

Finalmente se expide en relación al procedimiento de las multas e incumplimientos contractuales el Decreto 1082 del 26 de Mayo 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional” el cual compiló el Decreto 1510 y respecto de las multas, estableció en los artículos 2.2.1.1.1.5.6 y 2.2.1.1.1.5.7, por parte de las Entidades Estatales la obligación de enviar información al respecto a las Cámaras de Comercio, de la ciudad de la entidad estatal, junto con una copia de los actos administrativos que originaron las multas, consolidando lo efectuado por el Decreto 1510 de 2013.

Esta obligación tiene como fin la publicidad de estas situaciones para que otras entidades estatales al momento de contratar con un determinado contratista revisen su historial que hace parte integral del Registro Único de Proponentes y por contera conocer si ostentan inhabilidades para contratar. Ahora bien, frente a esta obligación, se conmina a las Cámaras de Comercio a que establezcan un mecanismo de comunicación electrónico para recibir esta información de forma oportuna y eficaz. Además, establece el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.1.5.7, que la información allí consignada y comunicada por parte de las entidades estatales deberá permanecer por un término de un año en el mencionado RUP.

En otro sentido, este artículo busca que los entes estatales y las Cámaras de Comercio creen canales de comunicación a fin de cumplir los fines establecidos en el ordenamiento jurídico, para lo cual se establece imperativamente que las Cámaras de Comercio, operen a través del SECOP e incluyan la información relevante en esta plataforma.

La disposición en comento, ratifica la obligación del Decreto 1510 de 2013 para las entidades estatales frente al procedimiento de multas, herramienta que, aunque en teoría resulta muy útil, en la práctica su aplicación aún no es completa, dado que las entidades estatales no cuentan con la infraestructura ni los canales de comunicación para trabajar de la mano de las Cámaras de Comercio.

En otro sentido, en lo que tiene que ver con las multas, el Decreto 1082 de 2015, compilatorio del Decreto 1510 de 2013 no consagró un procedimiento para su tasación, ni mencionó algo con referencia al procedimiento para imposición de multas y sanciones circunscribiéndonos o limitando la legislación al art 86 de la ley 1474 y al art 17 de la ley 1150 de 2011.

1.10. Fallido Proyecto de ley de revisión del régimen de contratación estatal publicado por Colombia compra eficiente

Si bien es cierto el proyecto de ley que proponía la revisión del régimen de contratación estatal publicado por Colombia Compra Eficiente no prosperó, es indispensable ejecutar un análisis sobre las incidencias que hubieran podido reformar en el tema objeto de estudio.

En primer lugar, en cuanto a las restricciones al uso de las facultades exorbitantes, que las consideraba bajo la denominación de *especiales*, manifestaba que en relación a las multas bajo su carácter sancionatorio se aplicarían igual que a los particulares, en otras palabras, limitándose al mero descuento, como lo afirma Blanco sometiendo el proceso de reclamación de las garantías a los procedimientos establecidos en la legislación comercial para efectos de solicitar la respectiva reclamación a la aseguradora; la eliminación del equilibrio económico del contrato, etc. (Proyecto de Ley Colombia Compra Eficiente, 2016).

En cuanto a la potestad de pactar multas por incumplimiento contractual, se desvanecía el criterio conminatorio o apremiante, para asignársele uno sancionatorio, situación pertinente, debido al procedimiento flexible que se estipulaba en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así, el contratista incumplido podía dilatar el procedimiento de imposición de multas por meses

incluso años a efectos de cumplir el contrato sin obtener reproche alguno. No obstante lo anterior, en contraposición con este gran avance, las multas perdían su carácter de inhabilitación, es decir, que un contratista incumplido podía pagar las multas que se le impusieran sin amonestación alguna a futuro.

La manera era compensar lo debido al contratista con las multas impuestas, de lo extraído de la exposición de motivos, no se requería iniciar un proceso sancionatorio, es decir, procedían automáticamente, intentando equiparar las multas del derecho privado con las del derecho público, sin embargo, en este sentido era cuestionable tal situación pues sería nugatorio del principio del debido proceso administrativo.

En suma las normas del debido proceso en la imposición de multas, sanciones e incumplimientos contractuales son originadas desde inicios del siglo XIX, pero no fue hasta el fallido proyecto de Ley de Colombia Compra Eficiente que se logró desvirtuar el carácter apremiante de las multas para convertirlo en sancionatorio, toda vez que, en virtud de las disposiciones anteriores los contratistas privados podían dilatar el procedimiento por insuficiencia probatoria y demás recursos, para efectos de cumplir el contrato con un plazo extemporáneo sin lograr sanción alguna.

No obstante, el beneficio del referido proyecto de Ley, eliminaba el carácter de inhabilitación de las multas, es decir, un contratista incumplido solvente puede seguir contratando cuantas veces quiera con la administración, situación que dejaba un sin sabor frente al respeto por el erario.

CONCLUSIONES

Primera. La potestad legislativa y constitucional dada a la Administración a través de la cual se crea la posibilidad de imponer multas, sanciones y declarar incumplimientos, debe ser revisada a la luz de otras normas y principios superiores como el debido proceso estatuido en la Constitución Política (Art. 29), en la Ley 1150 de 2007 (Art. 17) y las demás normas concordantes. Lo anterior, dado que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que consagra el procedimiento sancionatorio administrativo por incumplimientos contractuales no es un procedimiento claro. Toda vez que presenta distintos vacíos jurídicos, que debido al carácter apremiante de las multas son aprovechados por los contratistas incumplidos. Si bien es cierto, el fallido Proyecto de Ley de Colombia Compra Eficiente del año 2016 pretendía eliminar dicho carácter apremiante, lo cierto es que de igual forma, eliminaba el carácter de inhabilitación de la naturaleza jurídica de las multas en caso de incumplimiento no alterando el *status quo* de benevolencia con el contratista. Es decir, el contratista no se veía afectado a futuro si le incumplía a la Administración, facilitando por tanto a los contratistas solventes enmendar su incumplimiento con el pago de multas sin reproche alguno. Pese a que dicha iniciativa no llegó a convertirse en Ley, era indispensable traer a estudio sus anales por la nueva perspectiva que traía consigo.

Segunda. Debido a lo anterior se propone como solución al problema jurídico un nuevo procedimiento, o mínimamente, enmiendas al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que contrarreste el impacto que genera el carácter apremiante de la naturaleza jurídica de las multas, como herramienta de la Administración que evita desfalcos y detrimento al erario. Amparado bajo la importancia del debido proceso constitucional que se predica de las actuaciones administrativas, esto es, una inmediata relevancia *iusfundamental* como lo establece la Corte Constitucional (T-160, 2010). Dicho procedimiento debe ser específico en relación con que las sanciones por incumplimientos contractuales sean consideradas un fin en sí mismo, y no un medio del cual toma ventaja el contratista. De esta forma las acciones que la Administración adopte dentro de un proceso administrativo sancionatorio deben ser tendientes a conminar al contratista al cumplimiento inmediato so pena de sanción, con las consecuencias jurídicas a que haya lugar.

Tercera. El artículo 86 del Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011 erradamente desarrolla el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual pregonaba un procedimiento mínimo y breve. La realidad indica que, dicho artículo 86 genera efectos contrarios. De un lado, permite a la Administración ser *juez y parte*, es decir, no acredita la imparcialidad contrariando el artículo 209 constitucional, pues al ser la Administración la que igualmente investiga y sanciona dentro de una Audiencia, se corre el riesgo de la rigurosidad del tiempo, la efectividad de la imposición de la sanción, además permite suspender las audiencias y someterla a dilaciones injustificadas, sacando provecho del carácter apremiante que tenían las multas.

Cuarta. No obstante, el desarrollo legal que se observa en el artículo 3 No. 1 del CPACA, el Legislador está en mora de legislar en específico sobre la potestad sancionadora de la Administración, para de esta manera darle aplicación al constitucionalismo que pregonaba el debido proceso administrativo. Lamentablemente el fallido proyecto de Ley precisaba estatuir los principios esenciales aplicables a toda clase de actuación administrativa sancionatoria, decreto y práctica de pruebas, medidas cautelares, eximentes de responsabilidad administrativa, impedimentos y recusaciones. Pues con lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no se está más que frente a un bálsamo de un procedimiento sin complejidad alguna que se limita a dejar vacíos en las cuestiones primigenias, obligando por tanto a la remisión de normas existentes.

PARTE II: HACIA UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS SANCIONES Y DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTOS A PARTIR DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LAS ENTIDADES ESTATALES

Héctor David Gutiérrez Gómez²

Resumen

En el presente artículo se analizarán las implicaciones de lo estatuido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993. En específico, se examinará como primera medida las razones del exceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por considerarse permisivo de maniobras dilatorias. Posterior a ello se dedicarán líneas sobre ciertas recomendaciones que podrían morigerar el abuso del debido proceso estatuido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Se comparará la doctrina y las apreciaciones que indican imprecisiones del artículo 86 con un caso de estudio denominado el Malecón de Puerto Gaitán a través de una metodología cualitativa de corte descriptivo-analítico. Con ello se dará paso a la propuesta de unas enmiendas al procedimiento criticado al contradecir el principio del debido proceso.

Abstract

In this article it will be analysed the implications of the provisions of Article 86 of Law 1474 of 2011 in relation to Article 17 of Law 1150 of 2007 amending Law 80 of 1993 were analyzed. Specifically, the first step will be examined reasons for the inoperance of article 86 of Law 1474 of 2011 by permissive estimate of dilatory maneuvers. Subsequently, this resulted in specific lines for the approval of Article 17 of Law 1150 of 2007. It is compared with the doctrine and the assessments that indicate inaccuracies of Article 86 with a case study called El Malecón of Puerto Gaitán through a qualitative methodology of descriptive-analytical cut. This will give way to the proposal of amendments to the critical procedure by contradicting the principle of due process.

Palabras Claves:

² Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Contratación Pública de la Corporación Universitaria del Meta – Unimeta

Multas, sanciones, incumplimientos contractuales, debido proceso, vacíos jurídicos, actuaciones dilatorias.

Key Words:

Fines, penalties, contractual breaches, due process, legal gaps, dilatory actions.

CAPÍTULO TERCERO: IMPLICACIONES DEL PROCEDIMIENTO EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES CONTRACTUALES DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007

Como se observaba en el artículo investigativo previo, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 reitera la competencia de las entidades estatales en relación con la imposición unilateral de multas previamente acordadas en el contrato. En dicho procedimiento, se inician y agotan en una "única audiencia" todas las actuaciones para la ejecutoria de la sanción o la terminación de este, si ha cesado el incumplimiento.

Sin embargo, la realidad se enfrenta a conflictos al llevar a cabo dicha audiencia bajo los parámetros de la concentración y la celeridad, dilaciones injustificadas, recursos, recusaciones, práctica de pruebas, y sendas actuaciones que dan pie a un procedimiento lento que no cumple la finalidad de cumplimiento de la obligación contractual.

Toda vez que la disposición que regula dicho fin (art. 86) no dedica línea alguna en razón a términos, plazos perentorios para hacer efectivo su querer de conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la Administración. (Azula, 2011; Sotelo Rojas, 2013, Patarroyo, s.f., Reyes Londoño, 2016).

Advierte como el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa interpreta el artículo 86 en comento en relación con el principio de concentración al enfatizar su carácter oral, de una audiencia (Colombia, Consejo de Estado, 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), 2013, p. 30). Si bien, en esta audiencia, el contratista podría ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual puede aportar o solicitar pruebas, -como se

observará en el estudio que procede-, se presentan abusos en razón a recusaciones, reposiciones, solicitud extemporánea de pruebas, aplazamientos, y demás prórrogas bajo el manto de un debido proceso garantista, pero con intenciones escondidas de desconocer un cumplimiento eficaz de obligaciones por parte de los contratistas (11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157), 2013, p. 30).

Puede afirmarse que el Consejo de Estado en una posición teórica y utópica, al interpretar el precitado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, manifestó todo lo contrario a lo que en la praxis ocurre. Inclusive dicho ente apela a una inexistente desventaja que tendría el contratista al solamente estar sometida su defensa en una audiencia, dejando de lado la obviedad de la formulación de recursos y recusaciones, acciones de tutela, y demás actuaciones judiciales que trae consigo el principio del debido proceso (Const. 1993, Art. 29) y su carácter permisivo con la parte contratista partiendo de la base de su carácter apremiante.

Se analizarán en específico ciertas consideraciones en una categoría de "tiempo" dentro de la cual se consideran que las acciones dilatorias por parte de diferentes actores socavan la salvaguarda del erario. De igual forma se comparará lo afirmado con un caso denominado el Malecón de Puerto Gaitán, a través del análisis del estudio del caso se pretende demostrar la hipótesis de la inoperancia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en relación con la finalidad de la multa en cuanto al cumplimiento contractual.

1. DILACIONES INJUSTIFICADAS SOCAVAN LA IMPOSICIÓN EFECTIVA DE SANCIONES Y MULTAS POR INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES

Un primer componente que afecta la efectividad del artículo 86 es la inexistencia de un plazo límite para decidir la única audiencia, razón por la cual es el primer componente por analizar. En un principio, las medidas entorno a la potestad sancionatoria en el ámbito contractual público han de obedecer al ordenamiento jurídico y a las formalidades preestablecidas al ser una Administración sometida al principio de legalidad, planeación, transparencia y escogencia objetiva. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 27216, 2008, p. 56) Lo que indica que ante incumplimientos contractuales la Autoridad debe desplegar su

función administrativa en pro de salvaguardar el erario. Sin embargo, no siempre está presente aquel panorama favorecedor de los bienes públicos.

Cuando no hay efectividad en la recuperación o protección de la garantía de recursos públicos, y se omite la sanción, se está ante una vulneración del principio de responsabilidad que hace parte del principio de legalidad. Este principio -el de responsabilidad- constituye una de las máximas garantías de los servidores públicos pues consolida el principio de legalidad como sometimiento de las autoridades estatales al ordenamiento jurídico. (Ballesteros Serpa, 2013, p. 163).

A través de este principio, (Ley 80, 1993, Art. 26) se busca garantizar la moralidad, rectitud y diligencia en la actividad contractual de la administración, de los funcionarios y de los contratistas (Matallana Camacho, 2009). El CPACA igualmente lo define como principio rector de las actuaciones administrativas (Ley 1437, 2011, art. 3). Su correcto ejercicio por antonomasia ha demandado, dentro del principio de legalidad y -en el caso objeto de estudio en exceso- observar fielmente el derecho al debido proceso, derecho al que, tanto desde el anterior como desde el actual estatuto contractual, no se le había fijado la especial relevancia que tiene en materia sancionatoria.

Fue solo hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, que se previó un procedimiento y audiencia especial para la imposición de multas, sanciones, efectividad de la cláusula penal pecuniaria y declaratorias de incumplimiento (Múnera & Páez Ibáñez, 2015). Bajo la promulgación de la Ley 1474 de 2011, que, a todas luces se concibió debido al fenómeno de la corrupción al que Colombia se ha enfrentado a lo largo de su historia. Dentro de este, "obras inconclusas (nuestros coloquialmente llamados «elefantes blancos») o defectuosas, cronogramas ampliados según oscuras conveniencias, sobrecostos infundados, malversación de los recursos públicos entregados, redes de corrupción que concentran en unos pocos la adjudicación de importantes contratos" (Múnera & Páez Ibáñez, 2015, p. 320).

Como lo afirma Azula (2011) y recoge Sotelo Rojas (2013), el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al establecer el procedimiento en audiencia suponía que había de desarrollarse con

agilidad por los principios de concentración, oralidad y celeridad que se desprendían de ella.

Bajo una primera vista con relación al precitado artículo se infería que, si los convocados no asistían, la Administración debía dejar constancia de ello y proceder a adoptar la respectiva decisión. Sin embargo, en la praxis y como se extrae del caso objeto de estudio, se pudo observar que, en reiteradas ocasiones se presentan aplazamientos de audiencias, e inclusive se llevan a cabo varios procesos sancionatorios del mismo objeto contractual.

Por tal razón, la agilidad que de cierto modo se entiende como inherente de la "única audiencia" del artículo 86 en comento alegada por Patarroyo, (s.f., p. 33), raya con la realidad que se presenta en el escenario sancionatorio contractual. Pues al existir ausencias, indiscutiblemente se presentan aplazamientos, sin constar una voluntad de agilizar el proceso.

De otro lado, se comparte la posición sentada por Reyes Londoño (2016) y Laverde Álvarez (2018), quienes señalan que, aunque a primera vista la norma parece consagrar un procedimiento ágil y sencillo, lo cierto es que en razón de garantizarle el derecho al debido proceso al contratista, la entidad deberá permitir que este ejerza su derecho de contradicción, lo que genera que durante la audiencia se practiquen pruebas, se otorguen términos para sustentar recursos y resolver estos, que en definitiva significarán en el mayor de las veces, la suspensión de la misma y por ende un procedimiento largo y complejo.

Inclusive se puede llegar a pensar que el contratista incumplido puede aprovecharse de lo dispuesto en el literal d) para dilatar el procedimiento, y ponerse al día de sus obligaciones mientras se surten los trámites. Situación que no contradice en ningún sentido el carácter apremiante de las multas, por tanto, dilataría para que no operase la sanción (Reyes Londoño, 2016).

Como afirma Parodi Tabak (2009) debido a la garantía del derecho a la defensa y contradicción, hay casos en que la Administración excede tales plazos en forma tan manifiesta e inexcusable, que pasa a incurrir, más que en un mero o simple retardo, en graves infracciones a principios esenciales de la función administrativa, como son los de eficacia, eficiencia, celeridad e inexcusabilidad.

La Corte Constitucional, afirma que, los principios de celeridad y eficacia buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal, por tanto, se espera que el proceso concluya dentro del menor tiempo posible y logre su finalidad (SC416, 1994). De tal manera que el impulso de la actuación sancionatoria estaría diseñada en torno al "tiempo". Debido a ello, las potestades que la ley otorga a la Administración para cumplir sus fines no pueden estar limitadas a plazos fatales, los cuales impedirían que aquella pudiera ejercer sus atribuciones, luego de transcurrido el término establecido por la ley o el reglamento (Caldera Delgado, 2001, Expósito Vélez, 2004).

Si el transcurso del plazo impidiera a la Administración cumplir sus cometidos se causaría un grave perjuicio al interés general que exige cada vez que sea necesario que la Administración ejerza sus atribuciones legales para proveer adecuada y oportunamente a la satisfacción de las necesidades colectivas. Sin embargo, en reiteradas ocasiones, olvida completamente la Administración Pública el interés general, muchas veces viciado bajo las excesivas apelaciones por parte de los contratistas del debido proceso dispuesto en disposiciones como el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Es importante recordar que, la Administración debe ejercer sus funciones de manera oportuna, continua, eficiente, eficaz y de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Cuando alguno de estos deberes se infringe se generan responsabilidades, sin perjuicio del deber de actuar oportuna y regularmente, deber que será siempre exigible. Por ello, cuando no se ha actuado oportunamente, dentro del plazo fijado por la ley, existe responsabilidad administrativa y subsiste el deber jurídico de ejecutar la acción omitida, no desarrollada dentro del plazo establecido (Caldera Delgado, 2001).

Sin embargo, ¿Qué sucede cuando la Ley no dispone de un plazo máximo? o ¿Cuándo es abstracta en su sentir? ¿Emana a su vez responsabilidad?, ¿Se desconocerían más aun dichos principios? Para dar respuesta a dichos interrogantes se procederá a estudiar un caso de estudio con matices importantes que aportan a esta discusión académica.

Los plazos ciertamente están establecidos por el legislador –o incluso por el Constituyente, para cumplir con una determinada finalidad, cuya consecución no puede quedar sujeta al puro y mero arbitrio de la Administración. Las potestades, recordemos, constituyen poderes jurídicos finalizados, predeterminados por el legislador, entre otros elementos, precisamente en cuanto a la oportunidad en que deben ser ejercitadas y al fin que debe perseguirse con su ejercicio (Soto Kloss, 1996).

Así lo considera la doctrina. Por ejemplo, el profesor Evans de la Cuadra (2004), tras revisar las discusiones suscitadas al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, concluye que entre los elementos que constituyen el debido proceso, está el que la sentencia sea dictada en un plazo razonable.

Necesariamente ha de existir en nuestro ordenamiento jurídico, un efecto a la infracción a tales plazos, más allá de las simples medidas sancionatorias que puedan imponerse a su autor. El sentido común nos inclina a pensar de esa manera. Lo que resta es encontrar los argumentos jurídicos que así lo sustentan, y que permitan afirmar que la demora excesiva de la Administración, en el marco de un procedimiento sancionatorio, produce implicaciones negativas con relación del acto tardíamente dictado (Soto Kloss, 1996).

2. VACÍO EN LA DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTOS. CONFUSIÓN CON RETRASOS

Otro escenario que se encuentra dentro de la categoría "tiempo", no desde el punto de vista del procedimiento ejecutado en el artículo 86, sino en el transcurso del cumplimiento del objeto contractual es la definición de incumplimientos y retrasos. Si dicha definición estuviera establecida en la Ley, la discusión dentro de la actuación procesal del procedimiento administrativo sancionatorio tendría un punto menos del que preocuparse. En este escenario es menester analizar si el incumplimiento que se alega del contrato celebrado con la Administración Pública es simplemente un retraso o un incumplimiento. Implicación que, de igual manera, lleva a un desgaste en los procesos adelantados por multas e incumplimientos contractuales. Es claro

resaltar que, este tema cobra relevancia en virtud del papel del interventor, y su responsabilidad dentro de proceso.

El contratista puede dilatar el procedimiento sancionatorio apelando al artículo 86, lo cierto es que la Administración a su vez, en razón a la presión de los interventores por la responsabilidad solidaria pueden imponer multas ágiles solo por retrasos , en este sentido llama altamente la atención Zuleta cuando refiere que "Se corre el riesgo de que contratistas del Estado diligentes y que hacen bien su trabajo terminen inhabilitados, por un supuesto incumplimiento reiterado que, en realidad, no lo es." (s.f. párr. 32) Se advierte que esta situación apelada por Zuleta es la excepción de un sin número de dilaciones excesivas por parte de contratistas incumplidos.

Nótese como en el caso del Malecón de Puerto Gaitán en Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal adelantado por la Contraloría General de la República, se notifica a la Interventoría ejercida por el Consorcio Interambiental Manacacías argumentando que E.U. "SICA E.U." y Formas Ingeniería y Arquitectura Ltda.; en su calidad de interventor en el contrato No. 141 de 2010, no ejerció a cabalidad sus funciones, permitiendo que se ejecutaran y pagaran ítems contractuales innecesarios, así como sin el lleno de requisitos legales respecto a la destinación de los recursos para la elaboración de diseños de hotel y restaurante dentro del contrato de obra 140/2010 y construcción del restaurante sin una finalidad de servicio público. (2015, p. 22)

Llama la atención la presión del interventor debido a la responsabilidad solidaria pregonada en la Ley 1474 de 2011. Este artículo es un arma de doble filo, de un lado contribuye como solución en la lucha contra la corrupción, y es coherente con el discurso del presente escrito, pero de otro lado, tiende a confundir retrasos con incumplimientos, imponiendo una carga a las entidades encargadas de decidir los procesos sancionatorios en relación con la apertura. Probablemente, debido a este incidente es que los procedimientos son dilatorios, por tal razón, se llama la atención al legislador para que clarifique lo anterior.

Las entidades, tal como lo afirma Suárez Tamayo (2014), deben tener en cuenta que no todos los retrasos significan incumplimiento, "por lo que deberán cerciorarse de que se cumplan todos los presupuestos de este, antes de iniciar un procedimiento sancionatorio" (Suárez, citado por Reyes Londoño, 2016, p. 39) Sin embargo, y como lo afirma Zuleta, los interventores no pueden dejar pasar un solo atraso del contratista, bien sea significativo o, por el contrario, insignificante, sin importar su magnitud o sus implicaciones. Ante cualquier situación de esa naturaleza, el interventor debe advertir a la entidad contratante de un presunto incumplimiento del contratista.

Ahora bien, en este aspecto, ¿Qué se puede entender por incumplimiento? Según Gil Botero en sentencia del 24 de octubre de 2013, se configura el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o se realizó de manera parcial o en forma defectuosa o tardía. El incumplimiento del contratista es uno de los supuestos de hecho para que la Administración ejerza los poderes excepcionales que la Ley le otorga.

A su vez, habría que identificar que el incumplimiento sea total (Inejecución absoluta de la prestación pactada, si el incumplimiento es grave y amenaza la paralización del contrato en la entidad estatal), parcial (Inejecución fraccionada de la prestación pactada), un cumplimiento tardío. Inclusive hay que analizar si se trata de un cumplimiento defectuoso, en este caso, pese a existir cumplimiento, hay una falta de identidad entre la prestación que se pactó en el contrato y aquella que fue efectivamente ejecutada por el contratista (FASECOLDA, Alcaldía Mayor de Bogotá, s.f.).

Se sugiere que, frente a este cumplimiento defectuoso, debería imponerse multa por parte de la dirección encargada para ello, toda vez que existiría una falta de identidad entre la prestación. Lo que inherentemente va a traer consigo detrimento al no ejecutar una actividad que debía serlo.

Sin embargo, en este sentido se insta a leer esta recomendación cautelosamente toda vez que, cabe anotar que nadie está obligado a lo imposible, y pueden existir eximentes de responsabilidad, o justificantes que sean aplicables al derecho sancionatorio, por tanto, esta

afirmación no hay que juzgarla radicalmente sino con cautela siempre y cuando se respeten las garantías contractuales y sobre todo el debido proceso.

3. NOTIFICACIONES EN ESTRADOS

Otro punto álgido en la discusión se presenta con las notificaciones en audiencia, esto implica, -en virtud del artículo 86 mentado- que se entenderán surtidas aunque las partes no estén presentes en la diligencia (Azula, 2011). En razón a ello, Botero deja sentada la discusión en el entendido que, si el contratista y/o su garante no asisten a la audiencia, no se debe recurrir en forma subsidiaria a una comunicación diferente de la notificación por estrados, toda vez que ese accionar contrariaría los principios de oralidad, inmediación y celeridad (2011), así como el derecho al debido proceso.

La literatura procesal en relación con la institución de la notificación ha considerado la inmediación como un principio asociado generalmente a la oralidad (Carnelutti, 1944; Couture, 1951; Devis Echandía, 1988; Eisner, 1963; Goldschmidt, 1936; Kisch, 1932; Schönke, 1950, Herrera Abñian, 2006) y dicha oralidad enlazada con la celeridad en razón a ello, entiende la notificación por Estrados como prevalente sobre las demás. Si bien, al no tener procedimiento detallado más allá del artículo 86, si se le diera una lectura literal al precitado artículo se entendería que solo admite Estrados después de iniciada la audiencia lo que de cierta manera brindaría agilidad al procedimiento.

En efecto, como afirma Suárez, la entidad debe tener claro las reglas referentes a las notificaciones, pues tampoco se puede rayar con la rigidez en donde las formas gobiernen lo sustancial como lo pregonan el artículo 228 de la Constitución Política de 1991 pues la norma exige que tanto contratista como el garante concurren en debida forma a la audiencia, para así evitar posibles vicios en el procedimiento, y extender aún más el procedimiento de cumplimiento.

4. FALTA DE PROCEDIMIENTO PROPIO ANTE LOS VACÍOS JURÍDICOS DEL ARTÍCULO 86 LEY 1474 2011

La anterior implicación tiene relación directa con el vacío jurídico que dejó el artículo 86, como quiera que la brevedad que se observa en dicha disposición da pie para observar que el procedimiento administrativo sancionatorio por incumplimientos contractuales en relación con las multas y sanciones no tiene un procedimiento propio.

Razón a ello, es que se remite constantemente al CPACA para efectos de llenar los vacíos jurídicos por analogía como así lo establecen las reglas de prelación e integración normativa, específicamente el inciso primero del artículo 47 del CPAC. A su vez lo recoge el Consejo de Estado en providencia del 19 de septiembre de 2016, cuando refiere que la remisión para la práctica de pruebas es dirigida al CPACA y que ante vacío jurídico de este último compendio normativo se remitirá residualmente al Código General del Proceso (CGP)

Como lo recoge Laverde Álvarez (2018) los únicos procedimientos sancionatorios que subsisten a partir de la vigencia del CPACA, son aquellos regulados por legislación especial, verbigracia el Código Disciplinario único, o el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. De esta manera, ni la entidad contratante, ni las partes del contrato estatal pueden fijar un procedimiento ajeno al previsto en dicho artículo, menos aún complementarlo. Así lo argumentó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto 2157 de 2013 y la precitada Sentencia del 19 de septiembre de 2016.

5. PÉRDIDA DE LA FUERZA DE EJECUTORIA DEL ACTO A CUMPLIR POR EL PASO DEL TIEMPO

Otra discusión se centra en el momento del cumplimiento de la obligación posterior a la declaratoria del incumplimiento, existiendo, por tanto, la presencia del fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo la cual guarda relación con la desaparición de sus fundamentos.

Fenómeno directamente relacionado con la naturaleza apremiante de las multas contractuales. Como se observará en el caso objeto de estudio, en varias ocasiones el contratista dilata el procedimiento con tal de cumplir con la obligación así implique de cierto modo incumplir diferentes cláusulas que no están integradas en la investigación.

Por tal razón, de cierto modo los contratistas toman ventaja del sistema y de los artículos que lastimosamente lo permiten debido a su carácter abstracto. Si se observara un carácter sancionatorio, el escenario sería diferente, una vez impuesta la sanción se elimina el carácter de inhabilitación, lo que en otras palabras significa que, una vez pagada la multa quedaría libre de cualquier anotación que advirtiera a la Administración de su incumplimiento, inclusive si es recurrente.

Se atacaría por tanto el deslucimiento que se observa por doble vía, primero, debido al incumplimiento del contrato que genera retrasos e inconvenientes administrativos, inclusive judiciales; y de otro lado, el recurso humano y de tiempo que congestionan a la Administración en el procedimiento de multas que al no establecer un plazo máximo contrariaría los principios de celeridad, economía, concentración y eficacia en los recursos de la Administración Pública.

6. OMISIÓN EN RELACIÓN CON LA VINCULACIÓN DEL GARANTE DIFERENTE A LAS ASEGURADORAS

El espíritu del artículo 86 es contrario a los postulados de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 porque involucra en el trámite al asegurador, a pesar de que hasta la expedición de la Sentencia del Consejo de Estado (23 de junio de 2010) con anterioridad a dicho actor solo debía notificársele el acto administrativo que declaraba la sanción o el siniestro, momento en el cual podía objetar la reclamación a través del recurso de reposición, conservando, en todo caso, la acción judicial.

Se afirma, igualmente, compartiendo la posición de Sotelo Rojas (2013, p. 165) que, el mencionado artículo 86 únicamente ordena vincular a las aseguradoras, dejando de lado la participación de otro tipo de garantes tales como las fiduciarias, los bancos y las entidades

financieras, a quienes se les da un trato diferente sin que medie una razón clara para ello. (2013, p. 165) Sin embargo, esta norma no es única en dicho trato, la misma suerte corre el Decreto Reglamentario 734 de 2012 en su artículo 5.1.13, o Código Único Disciplinario.

7. INOPERANCIA DE LA SANCIÓN DE LA INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO

Finalmente, esta falla no es directamente relacionada con el procedimiento estatuido en el artículo 86 precitado, sin embargo, es de importancia mencionarlo en las vicisitudes del procedimiento de multas por las implicaciones que tiene sobre este. Del estudio se desprende que, disposiciones como la inhabilidad por incumplimiento reiterado del artículo 90 del Estatuto Anticorrupción, quedan en últimas inoperantes como consecuencia de la ineficacia del artículo 86.

El artículo 90 introdujo la inhabilidad de tres años para contratar con el Estado “por incumplimiento reiterado”. Dicha inhabilidad se produce para aquellos contratistas que han sido objeto de imposición de cinco o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, por una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales; aquellos que han sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales, y los que han sido objeto de imposición de dos multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

No se comparten los motivos del proyecto de Ley de Colombia Compra Eficiente que, pretendía eliminar las audiencias de descargos, la inhabilidad por incumplimiento reiterado y también limitar la responsabilidad de los interventores, pues esto hubiese incrementado la desobediencia de los términos del cumplimiento de los contratos.

Partiendo de las vicisitudes del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es menester analizar dichas teorías establecidas en la literatura en un caso objeto de estudio para comprobar desde la experiencia las razones que se sustentan en esta investigación sobre la inoperancia del artículo 86

de la Ley 1474 de 2011 debido al abuso excesivo de las partes, especialmente del contratista del debido proceso estatuido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 EN VIRTUD DEL ESTUDIO DE CASO DEL MALECÓN DEL MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN - META

En el desarrollo de este capítulo del artículo se procederá a analizar las implicaciones que trae consigo la aplicación de un artículo 86 del Estatuto Anticorrupción abstracto, que contraría la brevedad inherente al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el cual prevé el procedimiento de las multas, sanciones e incumplimientos contractuales. (Ver anexo 3).

1. PRIMER PROCESO MALECÓN DEL MUNICIPIO DE PUERTO GAITÁN

En Julio del año 2010 se celebró el Contrato de Obra Pública No. 140 de 2010, suscrito por la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán y el Consorcio Malecón Puerto Gaitán, cuyo objeto se centró en la ejecución de estudios, diseños, gestión predial, social y ambiental de las fases 1 y 2 y construcción de la fase 1 del Observatorio Malecón Ambiental – Malecón para la protección y preservación del río Manacías del Municipio de Puerto Gaitán en el departamento del Meta, por valor total de treinta y tres mil trescientos noventa y cuatro millones seiscientos cincuenta y ocho mil ochocientos quince pesos con noventa y siete centavos (\$33.394.658.815.97) ”.

Así mismo, se celebró Contrato de Interventoría No. 141 de 2010 literalmente su objeto se centró en la “Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Ambiental a los Estudios, Diseños, Gestión Predial, Social y Ambiental de las Fases 1 y 2 y construcción de la fase 1 del Observatorio Ambiental Malecón para la protección y preservación del rio Manacacias del Municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta” entre el Municipio de Puerto Gaitán y Consorcio Interambiental Manacacias.

El interventor presentó una solicitud de declaratoria de incumplimiento ante la administración con el fin de que se declarara el incumplimiento el 1 de marzo de 2012, posterior

a sendos requerimientos y renuencia del contratista de la obra en atenderlos. El incumplimiento alegado consistía en (i) la renuencia en la entrega de información requerida por parte de la interventoría sobre la inversión de recursos de anticipo (ii) a su vez, en la contratación del personal mínimo requerido del contratista (iii) en la instalación de la valla informativa (iv) en el cronograma de obras.

Llegada la fecha el Director del proyecto del Consorcio Malecón de Puerto Gaitán solicitó la suspensión del trámite del procedimiento de imputación de multas, como quiera que no existía ninguno de los incumplimientos referenciados, inclusive se alegó que "se nos hace de gran falta de responsabilidad emitir un nuevo cronograma y asimismo un plan de contingencia **cuando factores externos y ajenos al contratista afectan el normal desarrollo del proyecto**". (p. 112, c. 1) negrilla propia.

Nótese como, se apela a frases como la resaltada para excusar el incumplimiento contractual, y a ataques directos, verbigracia, en el mismo caso se observa "queremos solicitar a la interventoría mayor acompañamiento, ya que con una sola jornada no se está generando un 70% de acompañamiento a los trabajos de obra" (p. 113) afirmación dirigida al interventor quien fue el que solicitó la apertura del procedimiento para la imposición de multas.

Llama altamente la atención como el 29 de Marzo de 2012, una de las dos sociedades que conforman el consorcio del Malecón de Puerto Gaitán, H&H Arquitectura S.A inicia el proceso de reorganización de pasivos, una clara acción dilatoria para evadir la declaratoria de incumplimiento y por tanto la multa. En el auto de apertura del proceso, casi concomitantemente con la apertura del proceso de imposición de multas, se solicita la reorganización de pasivos y por medio de acto administrativo se ordena por parte la Superintendencia de Sociedades autorizar a la sociedad llevar a cabo un acuerdo mediante el cual se permitiera terminar las obras pendientes a la luz del contrato No. 140 del 2 de julio de 2010 con el Municipio De Puerto Gaitán (Meta).

A su vez, advierte que no se pueden declarar incumplimientos o sanciones pecuniarias por obligaciones adquiridas con anterioridad a la admisión del proceso de reorganización que

adelanta la citada sociedad, como el que podría resultar de la imposición de multas del artículo 86 en comento. En otras palabras, limita cualquier actuación de la Administración en relación con la imposición de multas o sanciones del artículo 86 en comento. Lo anterior en el entendido que no se puede adelantar el proceso de reorganización de pasivos cuando se haya decretado algún incumplimiento, razón por la cual el Consorcio pacta un acuerdo para la terminación de la obra con el Municipio de Puerto Gaitán.

Deja entrever claramente que dicha actuación es dilatoria del proceso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debido a que condiciona a la Administración para la no imposición de multas bajo el manto de un proceso de reorganización de pasivos o de insolvencia llevado a cabo ante la Superintendencia de Sociedades y con la aquiescencia de esta, prácticamente suspende el procedimiento llegando a un acuerdo de pago. Ahora bien, nótese como el garante en este caso la aseguradora inicia aplazando la audiencia, toda vez que la citación fue recibida dos días antes (p. 179) y no se disponía del tiempo suficiente para ejercer una defensa técnica y jurídica dentro del marco de las garantías mínimas en virtud del derecho a la defensa.

Prorrogada nuevamente la audiencia se fija para el veintitrés (23) de abril de 2012, en la cual se impone multa al contratista por un valor de \$329.999.997.54 (p.237). No obstante, lo anterior, dicho acto administrativo es atacado por medio del recurso de reposición por parte del contratista coadyuvado por la aseguradora en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En este caso el interventor, solicita la suspensión de la audiencia debido a que el contratista trae nuevas argumentaciones y se requiere el conocimiento preciso de especialistas y consulta jurídica al respecto, sin embargo, es de relevancia anotar en esta instancia que:

Lo que dice el informe de interventoría y lo que presenta el contratista como recurso, es que ellos han tenido espacio para trabajar y adelantar labores y que lo argumentado no impide las labores, y que lo argumentos son de hace un mes y tenemos acta de inicio firmada del 12 de septiembre de 2011, Son argumentos presentados fuera de tiempo que no están cumplimiento con la solicitud debida en su preciso momento. (p. 239).

En esta afirmación se comprueba la teoría sobre las falencias del carácter apremiante de la naturaleza jurídica de las multas como quiera que el Interventor ratifica que el contratista está adelantando el cumplimiento de las obligaciones alegadas como incumplidas y está interponiendo recurso de reposición el cual, con tinte dilatorio, tiende a eludir la responsabilidad, pues tiene conocimiento que por el carácter apremiante con una decisión futura no tendrá sanción.

Es así como en dicho recurso se solicitan pruebas, y anótese que, pese a que el término para su decreto era la audiencia de imposición de multas, la Administración decreta la inspección en la obra (p. 317), queriendo garantizar a toda costa un debido proceso, sin embargo, la oportunidad pudo haber sido antes de dictar la decisión. Infortunadamente para la celeridad y la concentración como principios orientadores del procedimiento, según el artículo 40 del CPACA, se pueden solicitar pruebas en cualquier momento de la actuación antes de dictar sentencia por expresa disposición del artículo 170 CGP.

Inclusive la misma administración reconoce lo anterior, cuando afirma la Secretaría de la Gestión Jurídica del Municipio de Puerto Gaitán que:

Se procedió a aclarar que la oportunidad procesal para hacer solicitud de pruebas correspondía al inicio de esta audiencia el 21 de marzo de 2012, cuando efectivamente se le corrió traslado para que expresara los argumentos así como hiciera valer las pruebas que considerara necesarias, momento para el cual el contratista CONSORCIO MALECON guardó silencio respecto de señalar a esta administración decretar pruebas; no obstante lo anterior esta administración en aras de garantizar el debido proceso así como el derecho a la contradicción procede a decretar la practica de una inspección a las obras con presencia de la entidad Municipio de Puerto Gaitán, la interventoría y el contratista la cual se señaló para el día 04 de mayo de 2012, viernes a las 9: 00 am.

A luces de Santaella Quintero, en aras de garantizar la seguridad jurídica "Siempre que el Legislador estime conveniente revestir de un manto protector más estricto las condiciones de celebración de un determinado tipo de negocio, bien por su trascendencia, bien por sus consecuencias e implicaciones, impondrá una fórmula especial para su celebración" (s.f. 141).

Razón por la cual, sin importar la extemporaneidad del decreto de inspección judicial ha de proceder.

Además, el artículo 9° del CPACA, -el cual tiene aplicación por las reglas de prelación e interacción normativa que remiten su aplicación ante vacío jurídico de los procedimientos administrativos sancionatorios (Ley 1474, 2011, Art. 47. Inc. 1)- prohíbe tajantemente a las autoridades negarse a recibir peticiones, declaraciones, no practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas. De dicha forma, la Administración se encuentra maniatada en relación con la garantía del debido proceso, inclusive cuando las pruebas sean solicitadas extemporáneamente.

La precitada inspección, extemporánea, y favorecedora de los intereses del contratista en detrimento del erario, pese a ser programada en principio para el cuatro (04) de mayo de 2012, es aplazada para el ocho (08) de mayo, como quiera que, la sociedad H&H Arquitectos S.A., inmersa dentro del proceso de reorganización de pasivos solicita el aplazamiento de la diligencia de inspección a las obras dentro del recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 472 del 23 de abril de 2012, por medio de la cual se impone una multa al Consorcio Malecón Puerto Gaitán, la cual se fijó para el viernes 4 de mayo a las 9 am.

Con el fin de que la Superintendencia de Sociedades a través de un delegado asista a la diligencia de inspección, toda vez que se encuentra en un proceso de reorganización, y la omisión a los presupuestos de la Ley 1116 como es la imposición de una multa, atacarían flagrantemente la fuente de pago de todos los acreedores al aumentar el pasivo de sociedad, y ponerla en riesgo de una posible liquidación.

Prácticamente está endilgándole a la Administración la responsabilidad de la liquidación de dicha sociedad al imponer la multa, situación a todas luces alarmantes en aras de burlar el cumplimiento de sus obligaciones y la sanción impuesta en primera instancia. Asimismo, solicita que la inspección se lleve a cabo con la presencia de un perito especializado avalado por Seguros Colpatria, garante del contrato de la referencia, para que practique las pruebas

solicitadas en el recurso de reposición presentado por el Consorcio Malecón Puerto Gaitán el 23 de abril de los corrientes, en la audiencia de imposición de multas.

Transcurridos tres meses, en un auto que carece de una sustentación sólida para justificar dicho plazo, es claro que ni el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ni el contrato 140 de 2010 establecen el plazo para decidir de fondo, razón por la cual como recomendación se propone establecer un plazo máximo perentorio para efectos de imponer la multa respectiva por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

En esta instancia, la Administración Pública hubiera podido tomar correctivos frente al caso, debiendo inscribir la multa en el Registro Único para Proponentes RUP de la Cámara de Comercio de estar en firme la decisión, o si hubiera existido la posibilidad inscribir una medida cautelar ante la apertura del proceso sancionatorio. Sin embargo, al no estar en firme el auto de sanción no reposa en el expediente del caso objeto de estudio.

Al notificar el incumplimiento en dicho registro, la Administración Pública tiene conocimiento de la inobservancia del contratista, por tanto, reposa un soporte jurídico en razón al cual decide si toma el riesgo o no de ejecutar contratos públicos, cuya responsabilidad a futuro ha de asumir, pero sin un banco de datos de contratistas incumplidos, es ineficiente la sanción impuesta al contratista.

En este caso de muestra, se observa cómo, debido a las fallas de dilaciones en los procedimientos y de lo permisivo que viene a ser el carácter apremiante de las multas en la contratación estatal, los consorcios o contratistas se pasan por alto los cumplimientos contractuales y el procedimiento del artículo 86 se vuelve inoperante, debido a la intervención de terceros como las aseguradoras, los aplazamientos del contratista, el decreto de pruebas extemporáneos y demás actuaciones que se traducen en una burla a un procedimiento que a luces del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 ha de ser mínimo, breve y apegado a un debido proceso efectivo. (Bejarano Roncancio, 2009; Benavides, 2004; Betancurt Jaramillo, 2009, García de Enterría & Fernandez, 2006; Cruz Hernández, 2009; Castro Cuenca, García López, & Martínez Vargas, 2010; Castro, 2012)

2. SEGUNDO PROCESO MALECÓN DE PUERTO GAITÁN

Sin perjuicio del anterior procedimiento, en el mes de marzo del año 2013 se reinicia un nuevo procedimiento solicitando la declaratoria de incumplimiento por parte del Consorcio del Malecón, cuya sanción se triplica por un valor de \$911.680.000. La interventoría del contrato (Consorcio Interambiental Manacacias) solicita dar inicio al procedimiento para la imposición de multas por incumplimiento en la ejecución del contrato.

A su vez, el 21 de marzo de 2013 el Interventor le comunica al contratista las cláusulas objeto de incumplimiento dentro del Contrato 140 de 2010 como lo dispone el artículo 23 de dicho acuerdo jurídico, debido a ello, la Secretaría de la Gestión Jurídica le informa que, de acuerdo a la parte resolutive del Auto de radicación 2012-01-076219 que resolvió solicitud del integrante del Consorcio H&H ARQUITECTURA S. A. es necesario solicitar autorización previa del juez de concurso de la Superintendencia de Sociedades para iniciar procesos de imposición de multas so pena de que las mismas sean ineficaces y generen responsabilidades y sanciones para el que las imponga.

Sin embargo, a 30 de abril de 2013 no se había pronunciado al respecto, razón por la cual, el 30 de mayo solicita la intervención del Ministerio Público. El 31 de mayo se notifica el rechazo por parte de la Superintendencia de Sociedades de la apertura del proceso de la imposición de multas como quiera que debe darle cumplimiento al proceso de reorganización de pasivos.

El 29 de octubre de 2013 la Administración del Municipio de Puerto Gaitán a través de su Secretaría Jurídica decide dar apertura del proceso para la declaración del incumplimiento y posterior multa a que hubiere lugar, citando para fecha de audiencia el siete (07) de noviembre de 2013. No obstante, lo anterior, vuelven a ser evidentes las reiteradas solicitudes de prórrogas por parte del contratista quien solicita el aplazamiento debido a que en la misma fecha se encontraba citado para audiencia de conciliación por deuda de dineros con la Universidad del Norte.

Es de advertir que la actitud reiterativa del contratista de incumplir la obligación contractual adquirida, sería una herramienta útil la inscripción de medidas cautelares en el Registro Único de Proponentes de la apertura por incumplimientos para que así, en virtud de un historial como sucede en los Certificados de Tradición y Libertad se alerte a los demás contratistas de su actuación y evitar así celebrar contratos con entidades que generen detrimento en los recursos públicos o que participen en otros procesos de selección como mínimo hasta no resolver el proceso sancionatorio.

Aunado a ello, la finalidad de esta medida cautelar sería es cambiar totalmente la estrategia de defensa del contratista evitando así maniobras dilatorias y por el contrario, buscaría el cumplimiento de la obligación o la premura para resolver este tipo de procesos, lo cual es afín a la naturaleza apremiante de la multa.

A su vez, en relación con dicha audiencia, igualmente la Compañía de seguros asevera la recepción tardía de la notificación. Nótese como se hacen recurrentes las mismas acciones dilatorias. Por tanto se llama la atención a la Administración de Justicia a que haga uso de las demás disposiciones normativas como el CPACA y el Código General de Proceso en relación con la notificación electrónica y que por remisión le otorgue efectos jurídicos y tome medidas tendientes a garantizar una efectiva comunicación de sus decisiones, o en su defecto el legislador apele no a una notificación sino a una comunicación donde su asistencia sea optativa y no obligatoria, liberándose de otra carga dilatoria implementada por los intervinientes.

Se aplaza la audiencia para el día doce (12) de noviembre de 2013, después de varios aplazamientos por medio de Resolución 506 del 08 de abril de 2014 se declaró el incumplimiento parcial del contrato y por tanto multa de novecientos once millones seiscientos ochenta mil pesos (\$911.680.000). Razón por la cual, la apoderada del contratista interpone recurso de reposición cumpliendo con la obligación objeto de sanción agregando un nuevo cronograma, en consecuencia, al quedar sin objeto la decisión tomada y en virtud del carácter apremiante de la multa, en provisto del 29 de abril de 2014 la Secretaría de Gestión Jurídica revoca en su integridad dicha Resolución y requiere al interventor y supervisor para dictar

informe detallado sobre los incumplimientos, además conmina al contratista al cumplimiento estricto de las obligaciones.

En una tercera oportunidad, el 09 de mayo de 2014, pasó al despacho el documento de traslado del 02 de mayo de 2014 suscrito por el Interventor quien alerta nuevamente sobre el incumplimiento del contratista de la prórroga séptima, y sobre la no implementación de la doble jornada o plan de contingencia para salvar los atrasos de la obra. En consecuencia, la Secretaría Jurídica del Municipio de Puerto Gaitán dispone en auto de apertura del día 12 de mayo de 2014 para celebración de audiencia el 16 de mayo de 2014.

Pese a que su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración, lo cierto es que su carácter apremiante es desfavorable para la administración, (Sentencia de Tutela, 2007). En el sentido, Muñoz (2016) señala que solo busca el cumplimiento y la única sanción radicaría en la publicación en el Registro Único de Proponentes, que prácticamente, si no se imponen las multas, menos se notificarán al RUP. No obstante ello, se convierte en inoperante el procedimiento (Pintos Santiago & Moreno Molina, 2015).

Se puede colegir que para la imposición de una multa se hace necesario que el contratista incumpla de manera parcial una o varias obligaciones a su cargo durante la vigencia del contrato y se haga necesario la imposición de la sanción como mecanismo de apremio para que el contratista se disponga al cumplimiento oportuno de las obligaciones a su cargo. Sin embargo, si al momento de proferir el acto sancionatorio ya se ha cumplido la prestación debida carecería de objeto o finalidad la sanción impuesta (Roa Salguero & Ferrer Leal).

3. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CASO MALECÓN DE PUERTO GAITÁN

Aclarando que este proceso de Responsabilidad Fiscal es un proceso aislado al llevado a cabo para la imposición de multa por el incumplimiento en los plazos establecidos, es cierto que

el incumplimiento reiterado de las obligaciones del contrato por parte del contratista salta a la luz en diversos escenarios. Tal es el caso de la investigación adelantada por parte de la Contraloría General de la República.

Nótese como en el auto de apertura de proceso de Responsabilidad Fiscal adelantado por la Contraloría General de la República en relación al caso en concreto, manifiesta dicho órgano de control que, "se pagaron diseños que no serán útiles, ya que no será construido un hotel y en segundo lugar los diseños de restaurante e inversión a la fecha no se encuentra respaldada por una inversión que genere beneficio a la comunidad por encontrarse sin la debida planeación en cuanto a su operación y mantenimiento además de no prestar un servicio público a la comunidad" (p. 21).

Afirma el ente de Control no debió contratar, recibir, reconocer y mucho menos pagar diseños arquitectónicos de hotel y restaurante cuya inversión no estaba garantizada con la construcción por parte del contrato 140/2010 de un hotel y restaurante, ni con un proyecto de inversión público privada; invirtiendo en ítems contractuales innecesarios generando pérdida en la inversión del recurso público al poseer hoy día diseños y planos arquitectónicos y estructurales de hotel y restaurante que no se construirán y no se garantiza la construcción de estas edificaciones; dando como resultado la pérdida del erario por valor de \$1.007 millones de pesos.

Es de anotar cómo las razones de la solicitud por parte del interventor de la declaratoria de incumplimiento y como consecuencia la imposición de multas del caso objeto de estudio se referían al reiterado incumplimiento en la entrega de información requerida por parte interventoría sobre la inversión de los recursos del anticipo en especial la falta de respuesta en relación a la información radicada del buen manejo y correcta inversión del anticipo acerca de los movimientos de los meses de enero, febrero y marzo de 2011.

En esta instancia, no obstante ser un auto de apertura de una investigación, y partiendo de la base de que no se ha determinado responsabilidad fiscal nótese cómo debido a incumplimientos en la planeación se inicia investigación por responsabilidad fiscal. Esto

cimiento la teoría en relación al detrimento que se puede generar en relación al patrimonio público que incumplimientos en la planeación, por tanto, en los plazos establecidos.

Ello, con el fin de afirmar que el procedimiento de multas del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 aplicado en el caso objeto de estudio si fuera eficaz y persiguiera su finalidad misma de conminar al contratista al cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrato (Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. S663, 1992) hubiera dentro del plazo establecido impuesto las multas y no ser objeto de dilaciones injustificadas que solamente generaron detrimento adicional de los recursos de la administración.

En la imputación de cargos por parte de la Contraloría General de la República, argumenta una violación a los principios de la función administrativa principios de la contratación estatal y demás normas acordes relacionadas en el Decreto (01) de 1984; en el entendido que se obró bajo la ausencia del principio de responsabilidad y no previó la actuación antieconómica desplegada por la administración dentro del contrato de obra 140/2010; además de aprobar la entrega de los diseños y acta parcial en la cual se acepta el pago de los mismos. Así mismo no procuró la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos, coadyuvando a la configuración del daño fiscal hoy configurado.

Afirmación que soporta la tesis planteada, en cuanto a planear una obra que no se ejecuta e inclusive en este aspecto, se le imputa de aceptar pago por ello, se insiste en la falta de eficacia del procedimiento adelantado para conminar al contratista incumplido al cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrario, posiblemente el eventual sumario procedimiento hubiera podido inferir hipotéticamente en evitar este detrimento patrimonial.

4. RECOMENDACIONES AL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011. (Ver anexo 4 y 5)

4.1. TICS

Se propone por tanto hacer uso de las TICs, del correcto funcionamiento de correos institucionales para notificaciones personales, asimismo como de la adecuación de salas de audiencia virtuales para llevar a cabo las audiencias y que no sean objeto de aplazamientos por notificación tardía o por falta de asistencia debido a las distancias a recorrer, que con implementación de tecnología se podría suplir dicha falencia, máxime si se remite al CPACA especialmente en su capítulo VI, sobre la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

4.2. Plazo Determinado

Como se había hablado con antelación, los problemas de raíz que se desprenden del precitado artículo se deben a su vacío legal, toda vez que al ser tan amplio permite un extenso margen de discrecionalidad que es aprovechado por parte del contratista para dilatar el proceso apelando al debido proceso y por tanto su cumplimiento, para eximirse de responsabilidad debido al carácter apremiante de la naturaleza jurídica de las multas que se describió y analizó a lo largo de esta investigación.

Se propone establecer un término concreto que sea obedecido por la Administración en su papel como juez, bajo el principio de legalidad, celeridad, economía y eficacia (Ley 1150, 2007, art. 13, Const., 1991, art. 209, 267) (Suárez Tamayo, Mejía Londoño, & Restrepo Gómez, 2014). Se plantea un tiempo prudencial de un mes por analogía con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al ser un asunto en el cual la Administración está envuelta. Dejando un lado la afirmación "a la mayor brevedad posible" (Ley 1474, 2011, art. 86).

Se recurre a dicho artículo ciento ochenta (180), como quiera que el inciso primero del artículo 47 del CPACA establece que, en relación al procedimiento administrativo sancionatorio, el cual refiere que las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia. Si bien se refiere en este caso al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 como norma especial frente a las entidades cobijadas por la Ley 80 de 1003 y la Ley 1150 de 2007. Lo cierto es que, ante los vacíos

jurídicos que se han descrito a lo largo de este trabajo investigativo, se apelaría a la analogía de dicho presupuesto como quiera que se asemeja en estructura y obedece a las reglas de prelación normativa del procedimiento general aplicable a los procesos administrativos sancionatorios.

Así lo manifiesta Laverde Álvarez cuando hace referencia al artículo 86 "allí (en el artículo 86) se regula un procedimiento, pero la genuina observancia del debido proceso constitucional no se agota en el mismo, por lo que es necesario acudir al CPACA en lo allí no previsto". (2018, p. 83) Hace referencia específica al régimen probatorio. De igual manera se apelará porque la entidad no podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento, con excepción del cumplimiento defectuoso, producido este cuando se presenta una falta de identidad entre la prestación que se pactó en el contrato y aquella que fue efectivamente ejecutada por el contratista.

Se estará desafiando de cierto modo la insuficiencia de salvaguarda de recursos públicos en relación con el carácter apremiante de las multas. Se respetará por parte del contratista los términos establecidos en el contrato celebrado con la administración pública al tener noticia que después de dilaciones injustificadas o un cumplimiento superfluo o con distinto objeto se dará por terminado el proceso sancionatorio.

De igual manera, se pretende aplicar por analogía lo concerniente al artículo 180 del CPACA en relación con disponer de un párrafo que se refiera a la inasistencia, la cual solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa. Se ha demostrado como los artículos perentorios en la Administración Judicial para dar por terminados los procesos judiciales ha rendido frutos en razón con la efectividad en la garantía del derecho del acceso a la justicia y a un pronto fallo.

Principios que emanan del debido proceso. Razón por la cual, es indiscutible que debe existir un plazo perentorio, bien sean seis meses o máximo un año, por tanto, debería apelarse por disponer un plazo razonable. Igualmente, se espera esta recomendación no sea tenida en

cuenta de forma radical, debido a que las interrupciones o suspensiones legales dan cabida en esta recomendación, como el artículo 121 del Código General del Proceso.

4.3. Garante dentro del Proceso

En primer lugar, se subsanará lo concerniente a la omisión del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por cuanto solo tenía en cuenta la aseguradora, dejando de lado las entidades financieras, fiducias y demás garantes, por tanto, en razón a ello podría modificarse la citación a estas entidades. Igualmente ha de anotarse en este sentido que la asistencia de los garantes no debe ser obligatoria además no debería tratarse de notificación sino de comunicación dejando dentro de su órbita la decisión de asistir o no a las audiencias siempre que lo consideren necesario o en cumplimiento de una de sus funciones.

5. CONCLUSIONES

Primera. En el caso analizado se observó como las constantes dilaciones han sido un referente claro en relación con el despilfarro público y la inacción de sanciones contractuales por parte de la Administración Pública que conlleve a una salvaguarda de recursos públicos. Si bien la teleología del artículo 86 proponía en su origen, un procedimiento expedito que apremiara o castigara al contratista incumplido. Inclusive se refirió específicamente a la potestad que yacía sobre el Estado con el fin de implementar instrumentos efectivos para instar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. Lo cierto es que no es un agregado novedoso que combata la finalidad que se planteaba primigeniamente. Todo lo anterior, se observa como un artículo en blanco cuyas instrucciones, al menos en el caso objeto de estudio, se desarrollan al beneficio de los contratistas incumplidos.

Segunda. Carecer de herramientas legales para efectos de lograr la finalidad preventivo represora que las sanciones administrativas tienen a la luz del derecho administrativo Colombiano impregna el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de persuasivo y contrario a la finalidad del legislador en su querer del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 el cual

pregona un procedimiento mínimo, sumario y acorde a los postulados internacionales, caso notable es el objeto de estudio del Malecón de Puerto Gaitán, en el que se observan acciones visiblemente dilatorias como el proceso de reorganización de pasivos para eludir la declaratoria de incumplimiento, los sendos aplazamientos por parte del garante y el contratista coadyuvados entre ellos, decreto extemporáneo de pruebas. Adviértase como las decisiones tardías de un mismo procedimiento llevaron a un detrimento de los recursos de la Administración Pública.

Tercera. Si bien, Colombia cuenta con una Administración que goza de un poder excepcional incomparable en materia sancionatoria (Múnera & Páez Ibáñez, 2015), poder que en principio demuestra un desequilibrio en la relación contractual Estado-contratista, en un papel juez-parte. Lo cierto es que en aras de contrarrestar el fuerte poder que se desprende de desde el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 en su artículo 18 cuando se refirió en relación a la caducidad, presupuestos que después se recogieron en la Ley 1150 de 2007 en el artículo 17 en relación al debido proceso en relación a las multas y a su vez en lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria, para posteriormente cimentarse en la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, cuando incursiona el legislador en un procedimiento en principio garante pero que a todas luces relacionándolo con el artículo 17 mentado se convierte en un propulsor de los denominados elefantes blancos, o proyectos sumamente dilatorios como el caso objeto de estudio, derivado de las negativas implicaciones de la excesividad del debido proceso.

Cuarta. No se puede dejar atrás el marco conceptual en el que fue expedida la Ley 1474 o el también llamado «Estatuto Anticorrupción», como política en la agenda anti-corrupción de la crisis que afecta a Colombia, el cual, primigeniamente propugnaba por la transparencia en las actuaciones, así como evitar la concreción de infracciones por parte de los contratistas que amenazaran la ejecución del objeto contractual y el interés general, por principios como la inmediatez y efectividad, verbigracia el procedimiento de imposición de multas, pero que como se observó en la presente investigación sigue siendo inocuo en el sentido de alcanzar su fin mismo (Múnera & Páez Ibáñez, 2015) el cual radica en hacer que los recursos públicos tengan una destinación efectiva, todo en aras al cumplimiento de los principios de la contratación estatal dispuestos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que a su vez se remiten a los principios constitucionales de los artículos 209 y 267.

Quinta. La Corrupción en Colombia es un flagelo que se ha tratado superar por medio de diferentes medidas de transparencia que se incursionan en la agenda anticorrupción, si bien, la Ley 1474 de 2011 o el Estatuto Anticorrupción han sido un aliciente para este mal, no ha atacado de fondo las causas propias que la generan, por ejemplo, sigue teniendo visos generales, y al apelar por artículos con ciertos vacíos jurídicos lo que indudablemente genera es la reproducción de actitudes corruptas y de una manera la normalización de este flagelo mediante un Estado desprovisto de instrumentos efectivos para combatir y remediar tan grave situación.

Sexta. En últimas, el aprovechamiento tanto del contratista como la aquiescencia de la Administración en relación al debido proceso en las actuaciones sancionatorias contractuales y en las declaratorias de incumplimiento no permite articular en debida forma la norma y los pronunciamientos judiciales en pro de lograr que el trámite para la imposición de multas sea expedito y efectivo, tal como sería deseable en desarrollo de los principios de economía, eficacia, eficiencia y celeridad que son inherentes en las actuaciones de la administración, específicamente en la contratación estatal. Por tal razón como solución al problema jurídico, se propone un procedimiento expedito, menos abstracto que defina lo que se entiende por incumplimiento, a su vez que sea más claro en relación con las personas intervinientes. Se propone igualmente que en dicho artículo se determine un plazo determinado, como el desarrollo legal en el ámbito procesal lo han efectuado para evitar un juicio con plazos fatales. A su vez se propone una mayor inclusión de las nuevas tecnologías a efectos de agilizar el procedimiento y tener una mayor publicidad en relación a las actuaciones por tanto mayor transparencia, objeto final de la Ley 1474 de 2011 y del artículo 86 en sí mismo.

Séptima. Además se propone afianzar la perspectiva en relación a que el debido proceso como principio y derecho constitucional fundamental, estatuido en el decálogo de derechos de la Constitución Política de 1991, debe concatenarse directamente con los principios de la función pública (Moreno Rodríguez, 1980, p. 87), estatuidos en el artículo 209 constitucional, y los principios de la contratación estatal, artículo 23 Ley 80 de 1993, es decir, que no se puede excusar la aplicación de dicho principio-derecho por parte de los contratistas que celebran contratos con las Entidades sometidas al Régimen de Contratación de la Administración Pública

(Ley 80 de 1993), pues deben seguir los principios de celeridad, economía y moralidad administrativos.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2016). Tratado de los derechos Reales. Bienes. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Álvarez Chávez, G., & Molina Castro, M. L. (2008). El debido proceso en la fijación de multas a los contratistas del Estado por parte de las entidades estatales. Chía: Universidad de la Sabana.

Arango Mejía, J. (2008). El debido proceso en el derecho ambiental. El debido proceso en el derecho ambiental, (pp. 1-20). Yopal.

A., R. I. (1998). El método del caso como técnica de investigación y su aplicación al estudio de la función directiva. Ponencia presentada en el IV taller de metodología ACEDE, celebrado en Arnedillo (La Rioja). Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

Ardila Trujillo, M. (2009). La prohibición de dilaciones injustificadas en la jurisprudencia constitucional. Revista Derecho del Estado n.º 23, 67-88.

Ariza Moreno, W. (2000). La cláusula de multas en la contratación estatal. Revista de Derecho Público, 11, 236.

Azula, J. (2011). Manual de derecho procesal parte general. Bogotá: Temis.

Ballesteros Serpa, C. (2013). El Régimen contractual de las empresas sociales del Estado. Bogotá: Universidad del Rosario .

- Bardales Castro, P. (2013 de Febrero de 19). IUS 360. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de el principio de razonabilidad en materia de derecho sancionador: algunas notas sobre su necesaria aplicación en el ámbito tributario: <http://www.ius360.com/publico/tributario/el-principio-de-razonabilidad-en-materia-de-derecho-sancionador-algunas-notas-sobre-su-necesaria-aplicacion-en-el-ambito-tributario/>
- Bejarano Roncancio, J. J. (2009). Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Benavides, J. L. (2004). El Contrato Estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides Russi, J. (2006). Contencioso Contractual en Colombia: Flexibilidad del contrato de inestabilidad del contrato. *Revista Derecho del Estado*, 18, 183-212.
- Betancurt Jaramillo, C. (2009). Derecho procesal administrativo. Bogotá: Señal Editores.
- Blanco, J. (2016). Aproximación al proyecto de revisión del régimen de contratación estatal publicado por Colombia Compra Eficiente.
- Borja Ávila, R. (2009). *Estudios Jurídicos sobre la contratación estatal*. Bogotá: Ibañez.
- Buitrago Vargas, Y. M. (2014). Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Caldera Delgado, H. (2001). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Santiago: Ed. Parlamento, 1ª edición.
- Carnelutti, F., 1944. Sistema de derecho procesal. Buenos Aires: Unión tipográfica editorial Hispano Americana

Caro Vargas, M., & Gaviria Muñoz, H. A. (2006). Estudio de caso Puerto Gaitán – Meta: diagnóstico y opciones después de la bonanza petrolera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*.

Castro Cuenca, C. G., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. R. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Castro, C. J. (2012). *Sanciones pecuniarias en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad el Rosario .

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). CIDH. Recuperado el 18 de octubre de 2016, de El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesciii.sp.htm>

Couture, E. J., 1951. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Roque de Palma.

Cruz Hernández, J. G. (2009). Gerencia pública en Colombia, haciendo énfasis en el actual gobierno. *Entramado*, 152-163.

Devis Echandía, H., 1988. *Compendio de derecho procesal*. Tomo I.. Bogotá: Editorial A-B-C.

Eisner, I., 1963. *La intermediación en el proceso*.. Buenos Aires: Depalma.

Escobar Gil, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Legis.

Estévez, J. L. (1956). Sobre el concepto de naturaleza jurídica. *anuario de filosofía del derecho*, 159-182.

Evans De La Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Tomo II (Ed. Jurídica de Chile, 3ª Edición actualizada, Santiago, 2004), p. 144.

Expósito Vélez, J. C. (2004). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Gómez de Mercado, F. (2017). *Sanciones administrativas, garantías, derechos y recursos de presuntos responsables*. Granada: Comares.

García de Enterría, E., & Fernandez, T.-R. (2006). *Curso de derecho administrativo*. Madrid.

García De Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2002). *Curso de derecho administrativo*. Civitas.

Goldschmidt, J., 1936. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor.

Gordillo, A. (2009). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas Tomo 1, parte general*. Buenos Aires: F.D.A.

Guechá Medina, Ciro. *Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal*. En: *Opinión jurídica*. Universidad de Medellín. 2006.

Heinz Monhaupt. (1993). *L'Etat De Droit, Cahiers De Philosophie Politique Et Juridique*. Caen.

Hernández Fraga, K., & GUERRA COSME, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 27-46.

- Hernández Galindo, J. (2011). El nuevo estatuto anticorrupción. Bogotá:
<http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2229-el-nuevo-estatuto-anticorrupcion-.html>.
- Hernández, M. (1997). Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos. Mexico:
UNAM.
- Herrera Abian, R., 2006. La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Comares.
- J., R. i. (2003). Escalas de Medición y Temas relacionados, departamento de economía de la empresa, Facultad de Económicas. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Kisch, W., 1932. Elementos de derecho procesal civil. Revista de Derecho Privado, Volumen 125.
- Laverde Álvarez, J. M. (2018). Manual de procedimiento administrativo sancionatorio. Bogotá: Legis.
- López Cogua, L. C. (2015). La potestad sancionadora de la administración pública para la imposición de sanciones en el ámbito contractual. Recuperado el 14 de octubre de 2016, de Universidad Militar Nueva Granada: <http://hdl.handle.net/10654/6312>
- López Olvera, M. A. (2012). Los principios del procedimiento administrativo. México: UNAM.
- Martínez Carazo, P. C. (2006). El método de estudio de caso estrategia metodológica de la investigación científica. Pensamiento y gestión, 165-193.
- Maschi. (1937). La concezioni naturalistica del diritto e degli istituti giuradici romani. Roma

- Matallana Camacho, E. (2009). Manual de contratación de la administración pública, Reforma de la Ley 80. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Marín Calderón, M. A. (2015). Improcedencia de sanciones en la contratación estatal por desconocimiento en el procedimiento especial sancionatorio. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Monroy Cabra, M. G. (s.f.). Perspectivas del constitucionalismo moderno. En teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa (p. 66). Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Monroy Serrano, M. (2010). De las multas y la cláusula penal en la contratación estatal evolución jurisprudencial - énfasis en el debido proceso. Bogotá: Universidad Nueva Granada.
- Morales Castro, C. J. (2012). Sanciones Pecuniarias en la Contratación Estatal. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Moreno Rodriguez, R. (1980). La administración pública federal en México. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Munar Castellanos, L., & Ortiz Arciniegas, L. (2011). Nuevo régimen administrativo especial y procesal, comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Múnera, A. Q., & Ibáñez, M. A. (2015). La potestad sancionadora de la administración en el ámbito contractual: Los Casos de Perú y Colombia. Derecho y sociedad, 317-328.
- Muñoz Yandar, A. L. (2016). La implementación de las TIC en el procedimiento administrativo, como herramienta para garantizar el derecho de los asociados a relacionarse electrónicamente con la administración pública. Bogotá. Universidad Nacional .

- Naranjo Flórez, C. E. (2004). Repaso histórico - analítico de la contratación estatal en Colombia. Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Legis.
- Niño Zambrano, A. (2011). Contratación estatal. Delimitación: Clausulas excepcionales en los contratos estatales. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Ochoa Tobar, F. (2010). La protección del orden jurídico urbanístico; multa, demolición y clausura en la Ley general de urbanismo y construcciones. Revista Ius Novum, P. Universidad Católica de Valparaíso.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín : Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parodi Tabak, A. (2009). Ineficacia de multa por demora excesiva de la administración en resolver el procedimiento sancionatorio. Sentencias Destacadas , 237-261.
- Philipp Reclam Jun. (1949). Grudgesetz Fur die Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart.
- Pintos Santiago, J., & Moreno Molina, J. A. (2015). Derecho Comparado de la Contratación Pública. Cuadernos Críticos del Derecho, 1-44.
- Quintero Munera, A., & Páez Ibáñez, M. A. (15 de 07 de 2015). La potestad sancionadora de la administración en el ámbito contractual: Los casos de Perú y Colombia. Derecho & Sociedad (44), 317-328.
- Ramírez Torrado, M. L. (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador Colombiano. Estudios Socio-Jurídicos, 12(1), 155-172.

- Real Academia Española. (2016). Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 25 de septiembre de 2016, de <http://dle.rae.es/>
- Reyes Londoño, J. C. (2016). El estatuto anticorrupción-ley 1474 de 2011 y su alcance en el régimen de la contratación estatal: críticas y comentarios. Medellín: EAFIT.
- Rialp, A., Rialp, J., Urbano, D. y Vaillant, Y. (2005a): “The Born-Global Phenomenon: A Comparative Case Study Research”, *Journal of International Entrepreneurship*, Vol. 3, n° 2, pp. 133–171.
- Rialp, A., Martínez, P. C. Y Rialp, J. (2005b): “El desarrollo exportador de las PYMES industriales españolas participantes en un C
- Rialp. (1998). El método del caso como técnica de investigación y su aplicación al estudio de la función directiva. Ponencia presentada en el IV taller de metodología ACEDE, 23-25 de abril.
- Rico Puerta, L. A. (2013). Teoría general y práctica de la contratación estatal. Bogotá : Leyer.
- Roa Salguero, D. A., & Ferrer Leal, H. E. (s.f.). La falta disciplinaria en la contratación estatal. Ediciones Nueva Jurídica.
- Rodríguez, L. (1999). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá : Temis.
- Rodríguez, L. (2015). Derecho Administrativo - General y Colombiano (19 ed.). Bogotá: Temis.
- Rodríguez Tamayo, M. F. (2013). *Los contratos estatales en Colombia* . Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Sánchez, D. A. (2016). *Estudio sobre la operatividad y eficacia de las multas en el marco de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad del Rosario .

- Santaella Quintero, H. (s.f.). La forma del contrato estatal: Algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico de presupuesto sobre el perfeccionamiento de los Contratos del Estado. 139-160.
- Santofimio Gamboa, J. (2003). Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarabia Sánchez, F. J. (1999). Metodología para la investigación en marketing y dirección de empresas. Madrid: Pirámide.
- Sarabia Sánchez, F. J. (2000). Investigación para todos. Madrid: Pirámide.
- Schönke, A., 1950. Derecho procesal civil. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Silva Duarte, F. (2014). El principio de razonabilidad como límite del poder público. Voces.
- Sotelo Rojas, S. P. (2013). La participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento: una obligación incoherente. Verba Iuris 29, 161-180.
- Soto Kloss, E. (2009). Derecho administrativo. Temas fundamentales. Santiago: LegalPublishing.
- Suárez Tamayo, D., Mejía Londoño, P., & Restrepo Gómez, L. (2014). Procedimientos administrativos sancionatorios. Inventario normativo y de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. Opinión jurídica, vol. 13, núm. 25, enero-junio, 139-154.
- Suárez Tamayo, D. (2014). Cláusula de multas y penal pecuniarias. Librería jurídica Sánchez.

- Suescún Melo, J. (2003). *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- Tafur Galvis, A. (1997). *Estudios de derecho público*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Tamames, R. (1988). *Introducción a la Constitución Española*. Alianza Editorial.
- Tirado Barrera, J. A. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Derecho PUCP*(67), 457-467.
- Vargas López, k. (s.f.). *Principios del procedimiento administrativo sancionador*. San Jose de Costa Rica.
- Velásquez Muñoz, C. J. (2004). Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del medio ambiente y los recursos naturales. *Revista de derecho: División de ciencias jurídicas de la Universidad del Norte*, 1-64.
- Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho administrativo*. Bogotá: 2008.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Derecho del Estado* No. 20, 73-96.
- Yin, R. (1993). *Applications of Case Study Research*, Applied Social Research Methods Series . Newbury Park, CA(Vol. 34),: Sage.
- Yin, R. (1994). *Case Study Research – Design and Methods*, Applied Social Research Methods (Vol. 5, 2nd ed.). Newbury Park, CA: Sage.
- Yin, R. K. (1984/1989). *Case Study Research: Design and Methods*, Applied social research Methods Series. Newbury Park CA: Sage.

Yuri Gorbaneff, J. M. (2011). ¿para qué sirve la interventoría de obras públicas en Colombia? .
Revista de economía institucional.

Zuleta, X. (2017). Las audiencias de descargos, interventorías e inhabilidades: una combinación indeseable. Bogotá: Ambito Jurídico.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Suprema de Justicia de Colombia (19 de septiembre de 1985). Sentencia 073 [MP. Carlos Medellín Forero].

Corte Constitucional de Colombia. (01 de junio de 1994). Sentencia T-260 de 1994 [MP. Alejandro MARTINEZ Caballero].

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera (24 de agosto de 1995). Sentencia 1349 [M.P. Miren De La Lombana De Magyaroff].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (28 de marzo de 1996).

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera (20 de Febrero de 1997) Sentencia 12669 [M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia. (29 de Abril de 1998). Sentencia C-160 de 1998 [MP. Carmenza Isaza de Gómez].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (4 de Junio de 1998) Sentencia 13988 [MP. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (06 de Agosto de 1998), Auto 14558.

Corte Constitucional de Colombia. (17 de Mayo de 2000). Sentencia C-564 de 2000 [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (29 de junio de 2000) Sentencia 16756 [Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado de Colombia. Sección tercera (20 de junio de 2002) Sentencia 19488 [Ricardo Hoyos Duque].

Corte Constitucional de Colombia. (18 de Febrero de 2003). Sentencia C-125 de 2003 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional de Colombia. (17 de Agosto de 2005). Sentencia C-853 de 2005. [MP. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional de Colombia. (2010) Sentencia T-150 [M.P. Humberto Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (10 de julio de 2013). Sentencia D-9441, [Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia. (24 de enero de 2014) Sentencia C 034 [María Victoria Calle Correa].

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. (21 de febrero de 1986) Sentencia 4550, [M.P. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. (11 de Octubre de 1992) Sentencia 6631, [M.P. Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. (19 de octubre de 2005) Sentencia 15011, [M.P. Germán Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. (20 de octubre de 2005) Sentencia 14579, [MP. German Rodríguez Villamizar].

Corte Constitucional de Colombia. (03 de diciembre de 2006) Sentencia C 1194 M.P. [Rodrigo Escobar Gil].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (30 de julio de 2008) Sentencia 21574.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (17 de Marzo de 2010). Sentencia 18394. [MP. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (14 de abril de 2010) Sentencia 36054. [Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (22 de Octubre de 2012). Sentencia 20738. [MP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (24 de Octubre de 2013). Sentencia 24697. [MP. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (10 de Septiembre 2014). Sentencia 28875. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Corte Constitucional de Colombia (05 de agosto de 2015) Sentencia C 499. [Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional de Colombia (Agosto de 2015) Comunicado No.33.

REFERENCIAS LEGALES Y ADMINISTRATIVAS

Congreso de la República de Colombia (26 de mayo de 1873) Código Civil.

Congreso de la República de Colombia (5 de agosto de 1886) Constitución de 1886.

Congreso de la República de Colombia (27 de noviembre de 1909) Ley 53 de 1909. DO 13851.

Congreso de la República de Colombia (31 de diciembre de 1921) Ley 63 de 1921 DO: 18052.

Congreso de la República de Colombia (12 de diciembre de 1923) Ley 116 de 1923 DO: 19406.

Congreso de la República de Colombia (15 de octubre de 1931) Ley 106 de 1931 DO 21825.

Congreso de la República (22 de enero de 1982) Ley 19 de 1982. DO: 35.937.

Congreso de la República de Colombia (11 de enero de 1989) Ley 9 de 1989 DO: 38.650.

Congreso de la República de Colombia (1991) Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993] DO: 41.094.

Congreso de la República de Colombia (16 de julio de 2007) Ley 1150 de 2007 DO: 46.691.

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011) Código de Procedimiento.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011] DO: 47.956.

Congreso de la República de Colombia (16 de junio de 2011) Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 [Ley 1450 de 2011] DO: 48.102.

Congreso de la República de Colombia (12 de julio de 2011) Ley 1474 de 2011 DO: 48.128.

Congreso de la República de Colombia (10 de enero de 2012) Régimen Jurídico de Asociaciones
Publico Privadas [Ley 1508 de 2012].

Congreso de la República de Colombia (12 de julio de 2012) Estatuto de Arbitraje Nacional e
Internacional [Ley 1563 de 2012] DO: 48.489.

Congreso de la República de Colombia (09 de junio de 2015) Plan Nacional de Desarrollo 2014-
2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015] DO: 49.538.

Presidencia de la República de Colombia (27 de enero de 1976) Decreto 150 de 1976 DO:
34492.

Presidente de la República de Colombia (14 de febrero de 1990) Decreto 400 de 1990 DO.
39.187.

Presidente de la República de Colombia (3 de julio de 1991) Decreto 1685 de 1991. DO: 39.886.

Presidente de la República de Colombia (28 de marzo de 1994) Decreto 679 de 1994.

Presidente de la República de Colombia. (16 de abril de 2001) Decreto 626 de 2001.

Presidencia de la República de Colombia. (30 de septiembre de 2002) Decreto 2170 de 2002.

Presidencia de la República de Colombia. (04 de noviembre de 2004) Decreto 3629 de 2004.

Presidencia de la República de Colombia. (11 de noviembre de 2004) Decreto 3740 de 2004.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2880 de 1959.

Presidencia de la República de Colombia (31 de marzo de 2006) Decreto 959 de 2006 DO:
46227.

Presidencia de la República de Colombia (18 de julio de 2006) Decreto 2434 de 2006 DO:
46334.

Presidencia de la República de Colombia (04 de diciembre de 2006) Decreto 4375 de 2006 DO:
46472.

Presidencia de la República de Colombia (7 de julio de 2008). Decreto 2474 de 2008 DO:
47.043.

Presidencia de la República de Colombia (09 de julio de 2010) Decreto 2473 de 2010. DO:
47765.

Presidencia de la República de Colombia (10 de enero de 2012). Decreto 19 de 2012 DO:
48308.

Presidencia de la Republica de Colombia, (13 de abril de 2012) Decreto 734 de 2012 DO: 48400.

Presidencia de la Republica de Colombia (17 de julio de 2013) Ley 1753 de 2015 DO: 48854.

Presidencia de la Republica de Colombia (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario
Del

Sector Administrativo De Planeación Nacional [Decreto 1082 de 2015

7. ANEXOS

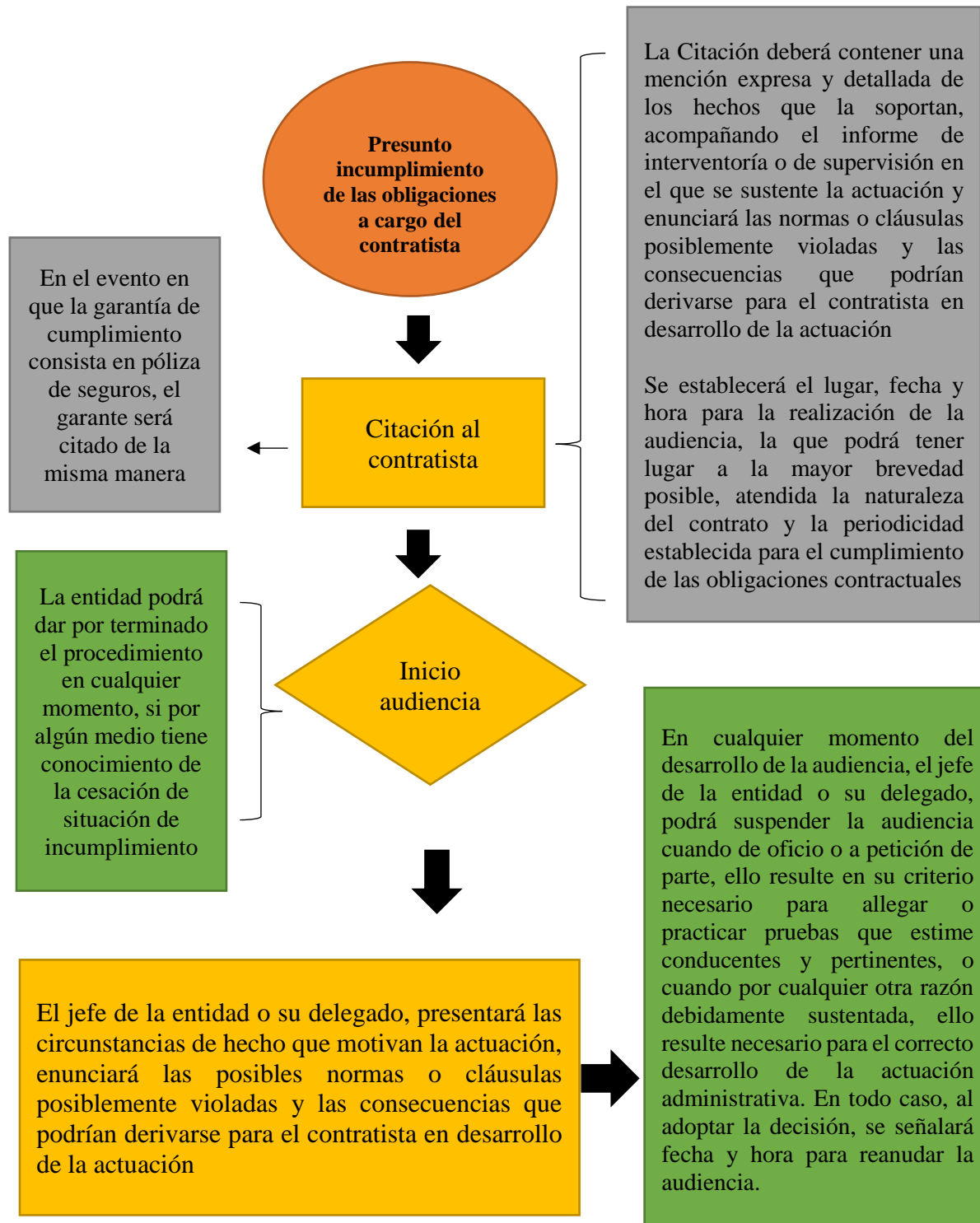
I. ANEXO 1: LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Problema Jurídico: ¿En virtud del Consejo de Estado, tienen las cláusulas sancionatorias de la Administración Pública carácter exorbitante y se requieren ser estipuladas por las partes, o, son inherentes a los contratos estatales y por tanto se puede declarar unilateralmente el incumplimiento por parte de la Administración?

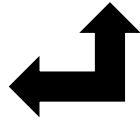
| | | |
|--|--|---|
| <p>Tienen las cláusulas sancionatorias de la Administración Pública carácter exorbitante y se requieren ser estipuladas por las partes</p> | <p>▲ S. 24 de Agosto de 1995</p> <p>▲ S. 28 de Marzo de 1996</p> <p>▲ S. 20 de febrero de 1997, exp. 12669</p> <p>S. 4 de Junio de 1998 exp 13988 ▲</p> <p>S. 6 de agosto de 1998 exp. 14558 ▲</p> <p>S 29 de Junio de 2000 exp. 16756 ▲</p> <p>S. 20 de Junio de 2002 exp. 19488 ▲</p> <p>▲ S. 20 de Octubre de 2005 exp. 14579</p> | <p>Las cláusulas sancionatorias son prerrogativas de la Administración Pública dentro de los contratos estatales y por tanto se puede declarar unilateralmente el incumplimiento por parte de la Administración</p> |
|--|--|---|

Fuente: Autor

ANEXO 2. GRÁFICO PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL



Se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad



Mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.



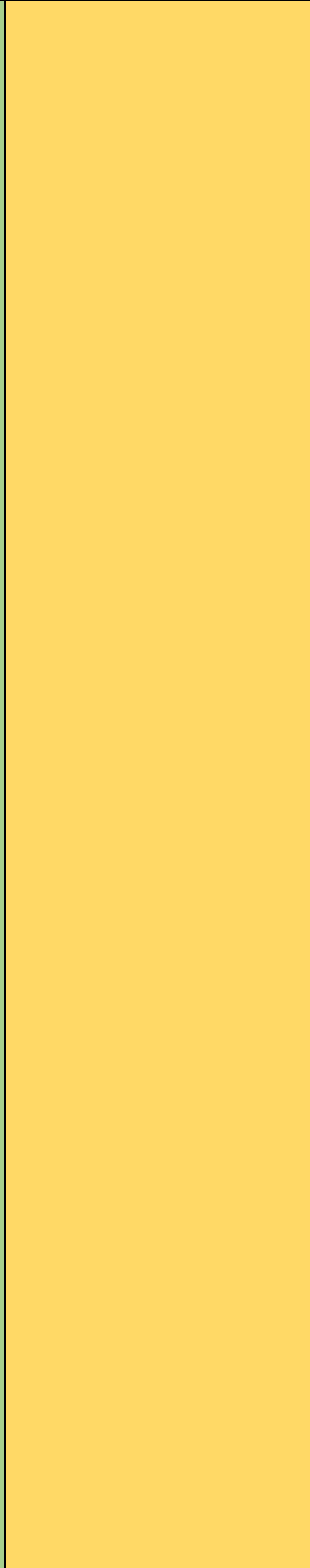
Sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia

Fuente: Elaboración propia a partir de lo establecido en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción- Ley 1474 de 2011

ANEXO 3 GRÁFICO EXPLICATIVO DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO 140 DE 2010 FRENTE A LO ACAECIDO DENTRO DEL PROCESO

| Actuación | Término | Acciones del curso del proceso dentro de los plazos legales y contractuales | Acciones Dilatorias/ Prórrogas Proceso 1 |
|---|---------|--|--|
| <p>REQUERIMIENTO DEL INTERVENTOR</p> <p>El Interventor requerirá por escrito al Contratista para notificarle las causas del presunto incumplimiento. En dicho escrito el Interventor le manifestará al Contratista:</p> <p>i) La existencia del hecho generador de la multa,</p> <p>ii) Las pruebas de su existencia,</p> | | <p>El 01 de Marzo de 2012 a través de oficio C. 141/2.168/12, se da inicio al procedimiento sancionatorio por parte de Interventor referido a los incumplimientos presentados en la ejecución del contrato de obra N° 140 de 2010, correspondiente a algunas obligaciones a cargo del contratista.</p> | |

| | | | |
|---|--|--|--|
| <p>iii) Las razones por las cuales el hecho señalado implica una vulneración a las estipulaciones del Contrato,</p> <p>iv) La fecha desde la cual se viene produciendo el incumplimiento o y</p> <p>v) El concepto técnico del interventor sobre la manera en que debe ser cumplida la obligación presuntamente incumplida. De este escrito se enviará copia al Municipio.</p> | | | |
|---|--|--|--|

| | | | |
|---|--------------------------------------|--|--|
| <p>Surtida la notificación al Contratista, éste contará con un término de diez (10) Días Hábiles —que se contarán a partir del Día Hábil siguiente al que se haya realizado la notificación— para que presente por escrito al Interventor y al Municipio sus descargos sobre el escrito presentado por el Interventor. Con su escrito, el Contratista podrá aportar las pruebas que considere pertinentes para probar que no ha incurrido</p> | <p>Diez (10) Días Hábiles</p> | <p>Se notifica al contratista el primero de marzo de 2012, el término de los diez días se cumplían el quince (15) de Marzo de 2012, razón por la cual según oficio designado SIM-160-114-2012, el supervisor del contrato N° 141 de 2010, Secretario de Infraestructura del Municipio de Puerto Gaitán-Meta, remitió oficio y anexos de la Interventoría del contrato de Obra NI° 140 de 2010, donde específicamente solicitan Audiencia para el trámite de Imposición de Multas por incumplimiento del Contratista.</p> <p>El 15 de marzo de 2012 según constancia secretarial se le da traslado al despacho para que se adelanten la acciones pertinentes.</p> <p>El 15 de marzo de 2012 se decreta la apertura del proceso N° 001 de 2012, de imposición de multas al consorcio Malecon, según Auto de apertura debidamente motivado.</p> <p>Se cita a los involucrados para dar inicio a la Audiencia de imposición de multas, según lo establecido en el Estatuto General de la contratación,</p> |  |
|---|--------------------------------------|--|--|

| | | | |
|--|--------------------------------------|---|--|
| <p>en el incumplimiento que se le imputa.</p> | | <p>artículo 86 Ley 1474 de 2011, ley 1150 de 2007 y Contrato de Obra N° 140 de 2010 capítulo de Multas para el día miércoles 21 de marzo de 2012.</p> | |
| <p>Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes, al vencimiento del término de que trata el párrafo anterior, el Municipio llevará a cabo una Audiencia con la concurrencia obligatoria del Interventor y del Contratista, cuyo objeto primordial será escuchar las razones y fundamentos que tenga a su favor el</p> | <p>Cinco (5) Días Hábiles</p> | <p>La audiencia se adelantó el miércoles 21 de marzo de 2012, se allegaron pruebas por parte del Contratista como consta en Acta de audiencia, la cual reposa en el cuadernillo del proceso y la misma se suspende dentro del marco de la Ley 1474 de 2011.</p> <p>Se corrió traslado del cuaderno del proceso a la Interventoría para que realizara Informe previa a la imposición o no de multas, posterior al inicio de la audiencia, tal como lo indica la cláusula 23 del Contrato de Obra por el término de diez (10) días.</p> | |

| | | | |
|---|--|--|--|
| <p>Contratista, garantizando así el derecho al debido proceso, al de contradicción y defensa. A la Audiencia referida asistirá un abogado del área de Contratación de la Secretaría Jurídica y de ella se levantará el Acta correspondient e que se firmará por quienes hubieren intervenido en la Audiencia.</p> | | | |
| <p>Solicitud de copias por parte del Garante por inasistencia a la Audiencia</p> | | | <p>El 27 de Marzo de 2012, Colpatria, en calidad de garante al ser la aseguradora que respalda la obligación contractual solicita</p> |

| | | | |
|---|--|--|--|
| | | | <p>copia de la actuación como quiera que no pudo asistir a la Audiencia del 21 de Marzo de 2012.</p> <p>La Aseguradora COLPATRIA por medio del oficio N° GNC-0302/12-JGT, indica los motivos de la no asistencia a la Audiencia y solicita para próximas comunicaciones hacerlas llegar a la Carrera 7 N° 24-89 piso 25, Cumplimiento, dirección a la cual esta secretaria entrego respuesta según oficio SGJ-1020.8-541 del 10 de abril</p> |
| <p>Proceso de Reorganización de pasivos por parte de una de las sociedades integradoras del Consorcio</p> | | | <p>El 29 de Marzo de 2012, la sociedad mayoritaria de las dos que conforman el consorcio del Malecón de Puerto Gaitán, celebra acuerdo con la Administración debido a que no se puede adelantar el</p> |

| | | | |
|---|-------------------------------|---|---|
| Malecón de Puerto Gaitán. | | | proceso de reorganización de pasivos cuando se haya decretado el incumplimiento, razón por la cual pacta un acuerdo para la terminación de la obra. |
| El Interventor , con base en su escrito, en los descargos presentados por el Contratista y en lo manifestado en la Audiencia de que trata el párrafo anterior, elaborará dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes a la realización de dicha Audiencia, un informe que | Cinco (5) Días Hábiles | La Interventoría radica informe el día 04 de abril de 2012, ante la Administración Municipal (Secretaría de Infraestructura) la cual debidamente da traslado por medio de oficio SIM-160-173-2012 del Mismo a la Secretaría de Gestión Jurídica, para determinar fecha y hora de reanudación de la audiencia. En el informe se decidió que había mérito para proferir sanción | |

| | | | |
|---|--|--|--|
| <p>incluirá: i) las aclaraciones respectivas, ii) el grado de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, iii) su cuantificación y iv) señalará si hay mérito para aplicar sanción.</p> <p>Si el Interventor no presenta el Informe referido se entenderá que considera que no hay lugar a la aplicación de las multas. Si de lo contrario, encuentra procedente la imposición de la multa, enviará a través</p> | | | |
|---|--|--|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| <p>de la Secretaría respectiva, los documentos, pruebas, los descargos del Contratista y los demás documentos pertinentes a la Secretaría Jurídica para la proyección del Acto Administrativo correspondiente. No obstante lo anterior, si el Municipio, con base en lo manifestado por el Interventor y por el Contratista durante el procedimiento que contempla la presente cláusula, encuentra procedente la</p> | | | |
|--|--|--|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| <p>imposición de la multa, procederá a través de la Secretaría Jurídica a la proyección del Acto Administrativo correspondiente.</p> | | | |
| <p>En todo caso la decisión que ponga fin a la actuación administrativa que se regula en la presente Cláusula debe estar contenida en un acto administrativo motivado, contra el cual podrán interponerse los recursos de ley que sean procedentes dentro de los</p> | <p>NO HAY TÉRMINO Se observa vacío jurídico en cuanto al término máximo para decidir.</p> | <p>Se fijó fecha y hora de audiencia para el 18 de Abril de 2012, a las 9:00am, y se les notifico a las partes del proceso</p> | |

| | | | |
|---|--|--|---|
| <p>cinco (5) Días Hábiles siguientes a su notificación. La notificación de la decisión que ponga fin a la presente actuación administrativa se regirá por lo establecido en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo .</p> | | | |
| <p>Aplazamiento por parte del garante, debido a demoras en las notificaciones, coadyuvada por el contratista</p> | | | <p>El 17 de abril de 2012, envía nueva comunicación de COLPATRIA oficio N° GNC-0362/12-LCC, coadyuvada por el Contratista CONSORCIO MALECON según oficio N° CMPG-DO- 547-2012, en donde se requiere prorroga para</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | audiencia, argumentando demoras en el traslado y radicación de nuestras comunicaciones a la dirección por ellos suministrada. Se prórroga para el 23 de abril de 2012. |
| Decisión imposición de multa | | El veintitrés (23) de abril de 2012, en la cual se impone multa al contratista por un valor de \$329.999.997.54 (p.237). No obstante lo anterior, dicho acto administrativo es atacado por medio del recurso de reposición en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual se dispone habrá de decidirse el 04 de mayo de los corrientes | |
| Solicitud de prórroga para audiencia de imposición de multas por parte del contratista y la Aseguradora. | | | La sociedad H&H Arquitectos S.A., inmersa dentro del proceso de reorganización de pasivos solicita el aplazamiento de la diligencia de inspección a las obras del dentro del recurso de reposición interpuesto contra la |

| | | | |
|--|--|--|---|
| | | | <p>resolución No. 472 del 23 de abril de 2012, por medio de la cual se impone una multa al Consorcio Malecón Puerto Gaitán, la cual se fijó para el viernes 4 de mayo a las 9 am.</p> <p>Con el fin de que la Superintendencia de Sociedades a través de un delegado asista a la diligencia de inspección, toda vez que se encuentra en un proceso de reorganización, y la omisión a los presupuestos de la Ley 1116 como es la imposición de una multa, atacarían flagrantemente la fuente de pago de todos los acreedores al aumentar el pasivo de sociedad, y ponerla en riesgo de una posible liquidación.</p> <p>Asimismo solicita que la inspección se lleve a cabo con la presencia de</p> |
|--|--|--|---|

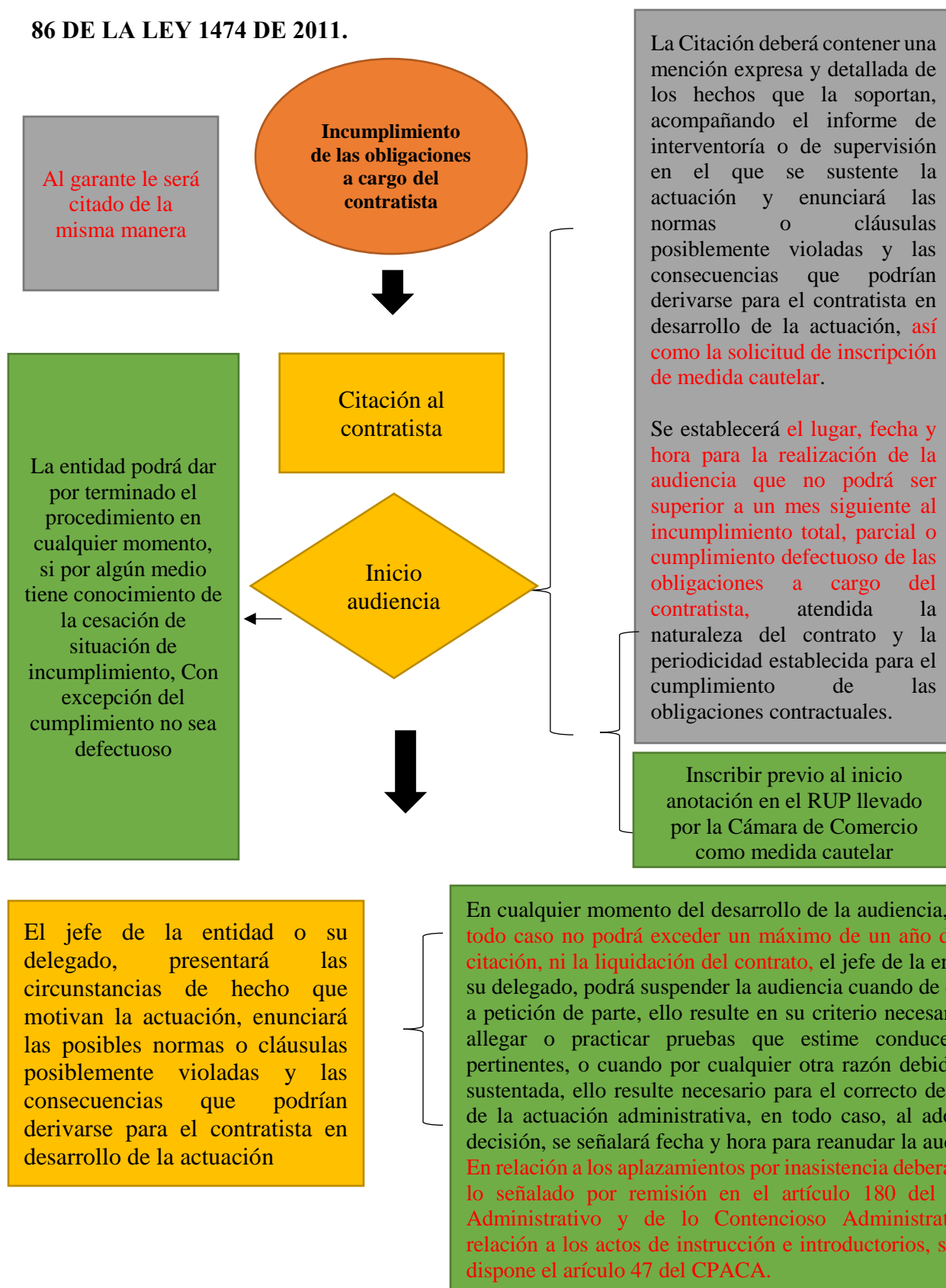
| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | <p>un perito especializado avalado por Seguros Colpatria, garante del contrato de la referencia, para que practique las pruebas solicitadas en el recurso de reposición presentado por el Consorcio Malecón Puerto Gaitán el 23 de abril de los corrientes, en la audiencia de imposición de multas. A su vez, Colpatria coadyuva esta petición. Requiriendo la audiencia se lleve a cabo el día 8 de mayo de 2012.</p> <p>La Secretaría de la Gestión Jurídica proroga la fecha para audiencia para el día 08 de mayo de 2012</p> |
| <p>Prórroga de reanudación de la Audiencia por parte de la</p> | | | <p>Con la finalidad de estudiar los informes de la inspección de obra, a través de un experto, la Secretaría de la Gestión</p> |

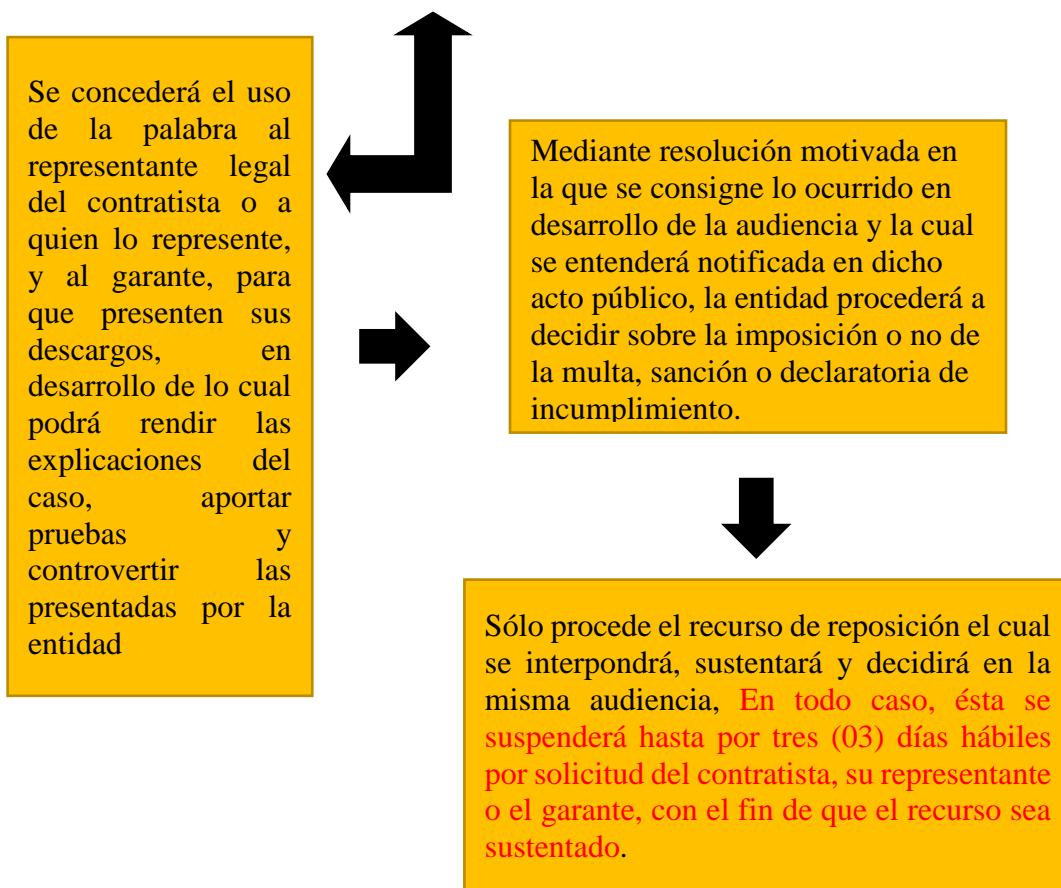
| | | | |
|--------------------------------|--|--|---|
| <p>Secretaría Jurídica</p> | | | <p>Jurídica del Municipio de Puerto Gaitán declara la nueva fecha y hora para ser celebrada el miércoles 23 de mayo de 2012, a las 9:00 am.</p> |
| | | | <p>Para el día dieciocho (18) del mes de mayo de 2012 no se había recepcionado el respectivo informe técnico sobre los resultados de la Inspección de Obra por parte del supervisor delegado por la Administración cual debía ingresar el día 11 de mayo de 2012 para ser valorado y evaluado jurídicamente dentro de la resolución del recurso en calidad de prueba. Debido a que a su vez se decretaron mas pruebas, alega la Secretaría de la Gestión Jurídica que prorrogará el termino anteriormente señalado,</p> |

| | | | |
|---|--|--|--|
| | | | al igual que el estudio de la reorganización de pasivos. |
| Si pasaren más de treinta (30) días Calendario, sin que el Contratista haya cumplido con la(s) obligación (es) correspondiente(s) por la(s) cual(es) le fue impuesto una o varias Multas, el Municipio podrá declarar la caducidad del Contrato. | | | |

Fuente: Elaboración Propia

ANEXO 4: GRAFICO RECOMENDACIONES AL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.





Fuente: Elaboración propia a partir del desarrollo de este trabajo de investigación.

ANEXO 5 TEXTO DE PROPUESTA ARTÍCULO DE PROCEDIMIENTO POR MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO

Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. La Citación deberá contener una mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañado del informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, así como la solicitud de inscripción de medida cautelar. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, que no podrá ser superior a un mes siguiente al incumplimiento total, parcial o cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del contratista, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Al garante le será comunicado de la misma manera, independientemente su calidad, si a ello hubiera lugar.

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, que en todo caso no podrá exceder un máximo de un año desde la citación o la liquidación del contrato. 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. En relación a los aplazamientos por inasistencia deberá operar lo señalado por remisión

en el artículo 180 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación a los actos de instrucción e introductorios, según lo dispone el artículo 47 del CPACA.

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. En todo caso, ésta se suspenderá hasta por tres (03) días hábiles por solicitud del contratista, su representante o el garante, con el fin de que el recurso sea sustentado. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

d) La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento antes de emitir el acto administrativo con el que declara el incumplimiento o impone la multa, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento, con excepción del cumplimiento defectuoso.

Parágrafo primero: La entidad está facultada para realizar notificaciones notificar sus actos o el inicio del proceso a través de medios electrónicos, siempre que el contratista haya aceptado este medio de notificación. La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el contratista acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

Parágrafo segundo: La entidad está facultada de oficio o a petición de parte para realizar el desarrollo del proceso a través de medios virtuales cuando así lo estime conveniente.

Parágrafo tercero: La entidad ordenará la inscripción de la medida cautelar cuando se solicite por el supervisor o interventor del contrato en su informe de incumplimiento o de oficio cuando el ordenador del gasto lo considere pertinente. La no inscripción de la medida cautelar en el registro único de proponentes del contratista o contratistas llevado por la cámara de comercio no será impedimento para el inicio del proceso del que trata este artículo.