

Operatividad del proceso sancionatorio contractual para la imposición de multas y declaratoria de incumplimientos

Vanessa Moreno Polo

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas

Programa de Maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Profesor Samuel Yong

Abril 5, 2021

Notas del Autor

Vanessa Moreno, Abogada egresada de la Universidad del Cauca, Magister Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada.

Este proyecto concentra un mayor número de fuentes bibliográficas encontradas en herramientas digitales, debido a la restricción de movilidad, cierre de establecimientos educativos y bibliotecas; esto como medida preventiva adoptada por el gobierno nacional y autoridades locales, para contrarrestar los contagios por COVID 19.

Cualquier mensaje con respecto a este artículo, remitirse al correo electrónico

avanessamorenpolo@gmail.com

TABLA DE CONTENIDO

OPERATIVIDAD DEL PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTOS	¡Error! Marcador no definido.
RESUMEN	3
PALABRAS CLAVES.....	3
ABSTRACT.....	3
KEY WORDS	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO	9
CAPITULO II: EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA SANCIONATORIA CONTRACTUAL DEL ESTADO	11
CAPITULO III: ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ART. 86 LEY 1474 DE 2011	16
CAPITULO IV: OPERATIVIDAD DEL PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL	23
CONCLUSIONES.....	36
REFERENCIAS.....	39

Operatividad del proceso sancionatorio contractual para la imposición de multas y declaratoria de incumplimientos

Resumen

El manejo del recurso fiscal en Colombia implica la puesta en marcha de tareas encaminadas a su optimización y correcta inversión; de tal manera que, cumpla con su finalidad de satisfacción del interés general. Los históricos hechos de corrupción han generado la necesidad de materializar los mecanismos de protección en normas de obligatorio cumplimiento, con el propósito de minimizar las brechas de desviación del presupuesto destinado a los cometidos estatales. A pesar de los esfuerzos legislativos, no es extraño observar contratos inconclusos, así como bienes y servicios de mala calidad, siendo necesario cuestionar la eficiencia y eficacia de las herramientas existentes en nuestro marco jurídico. Este artículo de investigación indaga sobre la funcionalidad y operatividad del régimen sancionatorio contractual, analizando en su aspecto fáctico desde el origen de la potestad punitiva del Estado hasta su llegada a la esfera de la contratación estatal, conservando los postulados del debido proceso con el uso de criterios auxiliares.

PALABRAS CLAVES

Potestad sancionatoria, obligaciones contractuales, debido proceso, incumplimiento contractual, recurso fiscal.

ABSTRACT

The management of the fiscal resources in Colombia implies the implementation of tasks aimed at its optimization and the right investment in such a way that it fulfills its task of satisfying the general interest of the citizen. The historical acts of corruption have generated the need to materialize the protection mechanisms in mandatory norms, whit the purpose of

minimizing the gaps of deviation of the budget destined to the state tasks. Despite legislative efforts, it is common to observe inconclusive contracts, as well as poor quality goods and services, and it is necessary to question the efficiency and effectiveness of the existing tools in our legal framework. This research article investigates the functionality of the contractual sanctioning regime, analyzing in its factual aspect the origin of the punitive power of the state until its arrival in the stage of the state involvement, preserving the postulates of due process.

KEY WORDS

Sanctioning power, contractual obligations, due process, breach of contract, resource fiscal.

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de la humanidad, han existido diferentes formas de organización social y económica hasta llegar a lo que conocemos como Estado, entendido como una organización política y administrativa (Das, 2008, pág. 2). En Colombia, el llamado grito de la independencia generó diversas posturas frente a la forma de organización que debía presidir a la nueva República, siendo esta una de las razones por la cual el período comprendido entre 1810 y 1816 es conocido con el nombre de la Patria Boba. La determinación de forma de Gobierno buscaba no solo la forma de organización de Estado sino la distribución de poder que, sin lugar a dudas, implicaba la equitativa inversión y distribución del fisco (Acero, 2014, págs. 83-84), el cual se componía de los nacientes impuestos que eran recaudados para financiar, entre otros, servicios prioritarios a cargo de la administración.

No obstante, la escasa cobertura de satisfacción de necesidades generó el inconformismo de la población, reclamando la existencia de controles a la inversión de los recursos públicos. Luego de accidentadas formas de organización, nace el Estado social de derecho, particularmente en Colombia, caracterizado por garantizar la prestación de servicios públicos (Cuesta, 1984, págs. 12-23). Esta forma de Estado exige la implementación de políticas públicas encaminadas al uso correcto de los recursos fiscales, buscando optimizar su inversión, cerrando las brechas de corrupción por lo cual se hace conminatorio por parte de la comunidad incluso con control judicial (Ayala, 1999, págs. 10-13).

En este aspecto, encontramos diferentes controles: el previo, que, por regla general, está a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el que ejercen las oficinas de control interno en cada entidad ejecutora de recursos públicos, siendo hoy concomitante con el ejercido por la Contraloría General de la República quien además lo realiza de forma posterior y no menos importante las veedurías como un ejercicio de control ciudadano.

No puede perderse de vista que, el uso eficiente de los recursos públicos no solo es labor de los funcionarios que hacen parte de la cadena contractual sino también de los particulares que, en el marco de procesos licitatorios juegan un papel fundamental en la satisfacción de necesidades del interés general, evidenciado en el cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, el principio de planeación resulta transversal a todas las etapas del proceso contractual, en consecuencia, las decisiones de la administración no pueden ser producto de la improvisación y en tal sentido, la elaboración de los estudios previos para la celebración del contrato, deben ser serios, precisos, reales y completos (Iván Gómez, 2020, pág. 88).

En este orden, para ejercer control durante la ejecución del contrato y posterior a la entrega de los bienes o servicios, el Estado ha dotado a la administración de la facultad sancionatoria contractual, como una herramienta fundamental de protección del presupuesto destinado a la adquisición de bienes y servicios encaminados al cumplimiento de los fines estatales. Esta premisa, ocasionalmente genera controversia, puesto que se ubica a la administración en un escenario de juez y parte al ostentar la facultad de investigar los motivos de incumplimiento, sancionar y, a su vez, cuantificar los perjuicios derivados del mismo; sin embargo, es claro que, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se le otorga un valor prevalente a los fines esenciales descritos en el artículo 2, por lo cual la función administrativa estará al servicio de los intereses generales, siendo este un parámetro normativo para que le sea otorgado ciertas prerrogativas de tipo sancionatorio diferente a las propias del aparato judicial.

No siempre en materia contractual la administración ha estado dotada de prerrogativas sancionatorias ante incumplimientos contractuales. Veremos, cómo a los primeros contratos suscritos por la administración, se les daba una connotación de actuaciones de derecho privado que no cambiaban por el hecho de tener en uno de los extremos a una entidad de

derecho público, por lo cual los conflictos, que de aquellos se derivaran, eran de conocimiento de la justicia ordinaria y posteriormente, con la evolución de posturas, del juez contencioso administrativo, lo cual no hacía de la actividad contractual un medio eficaz de cumplimiento de servicios a cargo del Estado; puesto que, los lentos procedimientos y su forma escritural, complejizaba la efectividad de la actuación administrativa.

Los constantes cambios sociales incrementan las exigencias colectivas, lo que lleva al legislador a replantear la forma en que se lleva a cabo la actividad contractual, hasta llegar a textos normativos efectivos en su aplicación que encaminen a una práctica transparente, con el respeto del debido proceso y sin impunidad en las diferentes etapas de la compra pública, así como para sus intervinientes.

La entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, es una de las representaciones del Estado que evidencia la voluntad de reforzar el control a la función administrativa, haciendo especial énfasis en las actividades relacionadas con la actividad contractual incluida la administración de recursos. Para el caso particular, el art. 86 describe el procedimiento para la declaratoria de incumplimientos contractuales e imposición de multas y cláusula penal; sin embargo, la sencillez de esta norma particular lleva a indagar ¿Cuál es el alcance de la operatividad del procedimiento sancionatorio contractual?, esto, por observar que la descripción del artículo, en ocasiones, se queda corta para enfrentar las diferentes situaciones que surgen del desarrollo de la audiencia.

Este artículo de investigación permitirá a través de un método cualitativo, analizar la problemática actual frente al proceso sancionatorio contractual, evidenciando los vacíos de la norma en su aplicación y la superación de los mismos a través de la descripción de casos prácticos. Para ello, se requerirá inicialmente, conocer esos antecedentes que han hecho de la actividad contractual, un medio cada vez más eficaz de satisfacción del interés público, adicionalmente reconocerá si aquellos esfuerzos legislativos, han sido suficientes para definir

un procedimiento que cumpla con los parámetros constitucionales buscando un equilibrio diferenciador entre la administración y los administrados que forman parte del contrato estatal, hasta llegar al análisis de la norma particular, identificando la existencia de instrumentos en nuestro sistema jurídico que permitan sortear las circunstancias que se presentan en el curso de la audiencia.

CAPÍTULO I: Antecedentes de la potestad punitiva del Estado

La potestad sancionatoria del Estado se ve representada en diferentes campos de la actividad administrativa, destacándose la que ejerce el aparato jurisdiccional invocando así el *Ius Puniendi*; sin embargo, esta concepción la encontramos en el desarrollo sancionador de personas jurídicas que, sin hacer parte de la rama judicial, la ejercen por la naturaleza de sus funciones (Suárez, 2014, pág. 3).

El derecho a sancionar ha tenido momentos históricos encontrando diferentes titulares de esta potestad, lo cual ha evolucionado de manera armónica con las diversas materias en las cuales la administración hace presencia. Así, en el Estado absolutista, la expedición normativa, regulaciones y castigos, era una facultad concentrada en el monarca (Anderson, 1979, págs. 21-23), como el representante de Dios en la tierra.

Más adelante, con el surgimiento del Estado liberal clásico, donde predominaba la voluntad del pueblo, solo el legislador podía imponer penas dada su representación en el contrato social (Velásquez, 2002, págs. 26-27), evolucionado esta concepción al Estado liberal intervencionista, en donde el legislador también debía encargarse de establecer medidas que prevengan o salvaguarden los bienes jurídicamente protegidos.

Llegamos al Estado social de derecho, que específicamente en Colombia, encuentra su definición en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991. A su vez, en esta forma de Estado, predominan los fines estatales representados en las garantías constitucionales, como una responsabilidad en la actuación administrativa, ubicando a la administración en una posición diferenciadora y, para algunos, privilegiada de cara a los particulares, pues no de otro modo, podría trabajarse en función de la protección de bienes jurídicamente tutelados. Esta base normativa permite distinguir el sometimiento especial a normas de derecho público, por lo cual no solo el derecho penal es la representación de la facultad sancionatoria.

En Sentencia C-406 de 2004, la Corte Constitucional expone la justificada flexibilidad de procedimientos y actores en el marco de procesos sancionadores administrativos, indicando que, si bien es cierto, esta corporación ha sido enfática en señalar que en el derecho administrativo sancionador también rige el debido proceso; de forma tal que, se exige una tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un procedimiento que asegure el derecho de contradicción, también ha considerado que en materia administrativa el principio de legalidad se aplica con una mayor flexibilidad, para asegurar la efectividad de la actuación de la administración pública, dada la naturaleza de su objeto y las sanciones para ella establecidas, que difieren frente a otros derechos sancionadores (Corte Constitucional, 2004).

La aplicación del derecho sancionador en Colombia no dista de lo ejecutado en otros países como España. En este sentido, el jurista español Gosálbez Pequeño, haciendo una reflexión sobre la práctica sancionadora del Estado, admite que no podría existir un solo texto normativo que regule la materia, toda vez que el procedimiento administrativo sancionador se encuentra tanto en normas generales como en particulares y en diferentes niveles territoriales (Pequeño, 2013, págs. 17-18).

CAPÍTULO II: Evolución normativa en materia sancionatoria contractual del Estado

Como se observa en líneas anteriores, el cumplimiento de los fines del Estado hace que las autoridades administrativas y particulares con este tipo de funciones, se encuentren revestidos de facultades sancionatorias. Entrando en la materia particular del presente artículo de investigación, es conocido que una de las formas en que la administración puede encausar el cumplimiento de su misión, es a través de la contratación de bienes y servicios; para ello, se han establecido ciertas pautas de rigor que permiten adelantar esta actividad con mayor transparencia, buscando cerrar las brechas de corrupción. Estos parámetros han sido incorporados por el legislador, aunque, si se observa de manera retroactiva, han sido variados los esfuerzos de este cuerpo colegiado, en la búsqueda de procedimientos contractuales acordes a las necesidades de la población, incluso antes de la Constitución de 1991.

En esta variedad de ecosistema normativo que permite el mercado de compra pública, existe un campo particular que merece especial atención y es esa parte conminatoria y sancionatoria en cabeza del Estado a través de sus diferentes órganos y entidades que ostentan la calidad de contratantes, puesto que, al igual que en la contratación privada, se hace necesario incorporar en el contrato estatal, cláusulas que permitan hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones pactadas, facultad que debe ser ejercida con un cuidado tal, que ampare los postulados del debido proceso tanto para el presunto contratista incumplido como para la Entidad que actúa como ente proteccionista del interés general (Orrego, 2020, págs. 7-8).

Entre los primeros reflejos normativos de contratación administrativa, encontramos el Código Fiscal Nacional. Regulaba lo concerniente al gasto fiscal y la disposición de ciertos bienes del Estado y aquellos que se requerían al servicio del mismo, estableciendo como mecanismo de selección la licitación pública y excepcionalmente la contratación de forma directa.

Consagró, además que, no podrían participar aquellos que con anterioridad hubieren faltado al cumplimiento de contratos con el Estado (Ley 110 de 1912, art. 40 c), lo cual se completaría con el artículo 41, adicionado por el artículo 21 del Decreto 566 de 1932, en donde se permitía la imposición de multas e incluso la Constitución de caución prendaria en contratos de explotación de lecho de ríos, garantía de la cual tomaría parte la administración cuando se generara el cobro de multas que se impusieran administrativamente (Decreto 566 de 1932, art. 20). No obstante, no se describía un procedimiento claro y especial para la imposición de estas sanciones en los contratos estatales, aspecto además evidenciado en las múltiples normas que regulaban campos diferentes de bienes y servicios contratados por el Estado, como lo fue el caso de la Ley 106 de 1931 que regulaba la contratación de correos nacionales y del Decreto 1054 de 1932 que se refería a la explotación de sustancias encontradas en predios baldíos tales como minas y depósitos de huano y abonos, entre otras.

Encontramos más adelante el Decreto 3130 de 1968, que estableció en su título VI, el régimen jurídico de los actos y contratos de los establecimientos públicos, precisando en su artículo 30 que estos se someterían al procedimiento gubernativo establecido en el Decreto 2733 de 1959, que a su vez indicaba los aspectos relevantes de una reciente potestad sancionatoria en cabeza de la administración, dejando además una competencia dividida entre la jurisdicción administrativa y la justicia ordinaria, respecto de las controversias relativas a los contratos, conforme lo establecía en el Decreto 528 de 1964. En materia sancionatoria, contenía la obligación que, en los contratos de los establecimientos públicos, se prescribieran cláusulas sobre garantía y caducidad administrativa, la cual sería impuesta por la misma entidad descentralizada en eventos de incumplimientos en los contratos (Decreto 3130 de 1968, art. 32). Desde entonces, ya se concebía el concepto de caducidad administrativa, como una forma anormal de terminación del contrato; sin embargo, esta podría declararse tanto por

el incumplimiento grave del contrato o por otras causales tales como la muerte del contratista (Ley 167 de 1941, art. 254).

Carentes hasta la fecha de una norma que compilara la regulación en materia contractual del Estado, fue expedido el Decreto 150 de 1976, conocido como el primer estatuto de contratación de la Nación y entidades descentralizadas (Salomón, 2008, pág. 173) el cual a su vez, con relación a la materia de estudio, también contemplaba la obligación de incorporar la cláusula de caducidad y la posibilidad de imponer multas y cláusula penal mediante resolución debidamente motivada expedida por el representante de la entidad.

La norma referida fue derogada siete años después con la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983, que también consideró las cláusulas que forzosamente debían contener los contratos tales como caducidad administrativa, multas y cláusula penal, refiriéndose a ellas solamente por la expedición de un acto administrativo que, aunque motivado, no se exponía un procedimiento para invocarlas y hacerlas efectivas, generando diversas confusiones para su aplicación, los cuales empezaban a subsanarse por vía jurisprudencial como sucedió con el factor temporal de la aplicación de las prerrogativas de la administración, aterrizando que las multas solo podían interponerse en vigencia de la ejecución contractual al igual que la cláusula penal y la declaratoria de caducidad, pero, una vez venza el plazo, solo procedía la cláusula penal y exigencia de garantías toda vez que en esta etapa se perdía la finalidad de la multa que no era nada diferente a obtener el cumplimiento de las obligaciones y no una tasación anticipada de los perjuicios (Consejo de Estado, Exp. 3615).

Llegamos a la Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual derogó el decreto recientemente mencionado salvo los artículos 108 al 113 que se referían al tratamiento contractual de bienes inmuebles. Sin embargo, extrañamente no se pronunció respecto de las multas y cláusula penal en cuanto a

su procedimiento para hacerlas efectivas, aunque si generó un especial protagonismo por la caducidad enmarcándola en un incumplimiento grave que afectara e impidiera la ejecución del contrato. En sus inicios, se acogió la postura de ser impuestas directamente por la entidad como en su momento lo había regulado el Decreto 222 de 1983, criterio que fue adoptado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 13988 del 4 de junio de 1998 precisando que: *“bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”*.

Puede decirse que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, existió una norma que indicara un procedimiento para la declaratoria de incumplimientos contractuales, dando prevalencia al debido proceso como un principio rector en materia sancionatoria contractual, sin que ello signifique que solo hasta ese momento se hablara del respeto por las garantías procesales, toda vez que como se indicó en líneas anteriores, el debido proceso debía imperar en todas las actuaciones administrativas del Estado y no era para menos, toda vez que, se dio en una máxima producción jurisprudencial que exaltaba este principio consagrado además como un derecho fundamental en la Constitución Política (Chaves, 2015, pág. 102). El artículo 17 innovó con la implementación de audiencia con la advertencia de estar revestida por un procedimiento mínimo que garantizara el ejercicio de defensa y contradicción del contratista.

Hoy, la Ley 1474 de 2011, conocida como el estatuto anticorrupción, consigna el procedimiento especial en virtud del cual se soporta la actuación sancionatoria referida a los contratos estatales, lo cual les ha permitido a las entidades tener parámetros más claros a la hora de invocar las causales de incumplimiento, contemplando el factor temporal y las respectivas consecuencias, lo cual quedará reflejado en la resolución motivada. Como es usual, la expedición de actos administrativos realizada por las Entidades estatales o privadas con funciones públicas, en el ejercicio de su manifestación unilateral, son susceptibles de ser

demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Rodríguez, 1999, pág. 9); en esta instancia, se han evidenciado los yerros cometidos en el ejercicio de la potestad sancionatoria contractual, debido entre otros aspectos, a la falta de interpretación adecuada de la norma especial y general desencadenando malas prácticas jurídicas. Por lo expuesto, la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474, exige el uso de criterios auxiliares del derecho y por ende una actuación dinámica del operador jurídico, así como de los intervinientes en el proceso, variables que serán estudiadas a continuación.

CAPITULO III: análisis del procedimiento especial art. 86 Ley 1474 de 2011

Para empezar, este artículo consigna de forma más ilustrativa, el curso de la audiencia, garantizando el debido proceso del que ya hacía mención la Ley 1150 de 2007, como un principio rector (Londoño, 2016, págs. 5-14). De la redacción de la norma, el proceso sancionatorio contractual, inicialmente está llamado a ser aplicado por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entonces, ¿qué pasa en los eventos de incumplimiento de contratos celebrados por entidades que ostentan régimen de derecho privado?

Este cuestionamiento ha sido reiterado como también lo ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se refiere a este particular punto de controversia. En efecto, los contratos celebrados por entidades sometidas al régimen de derecho privado, se encuentran revestidos del principio de la autonomía de la voluntad de las partes lo cual permitiría que se consignen las estipulaciones que se consideren necesarias para el cabal desarrollo contractual (Grueso, 2011, págs. 46-47).

Sin embargo, las prerrogativas otorgadas en el marco de la contratación estatal han sido encomendadas a cierto grupo de entidades que, por su sometimiento a la ley, ostentan la facultad de manifestar su voluntad de forma unilateral con la expedición de actos administrativos, aspecto contrario a las entidades de régimen especial en su ejercicio negocial. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la imposición de multas y declaratorias de incumplimiento culmina con la expedición de un acto administrativo motivado que expresa la voluntad de la administración, el procedimiento sancionatorio no podrá ser aplicado a los contratos que han contado para su formación con un régimen privado, en atención a la naturaleza jurídica de sus contratantes que aun siendo de carácter público o mixto, su estatuto de creación lo aparta de la aplicación del Estatuto General de Contratación y en su lugar, lo lleva a la aplicación de normas de derecho privado, en donde

no existen prerrogativas especiales para una de las partes, puesto que sus derechos y obligaciones en el marco del contrato, se alinean a una equidad entre las partes, estándose a lo estipulado en el pacto. En todo caso, ante un evento de incumplimiento en este tipo de contratos, será el juez natural quien resolverá sobre su existencia, perjuicios e imposición de la sanción pecuniaria (Ballesteros, 2018, pág. 6).

Continuando con la revisión del art. 86, para algunos operadores jurídicos, genera confusión el hecho que la norma especial no especifique si el mismo procedimiento será aplicado para la reclamación de garantías que amparan la fase de posventa de los contratos, tales como la calidad de bienes y equipos, así como la calidad y estabilidad de la obra, amparos cuya vigencia inicia una vez es recibido el bien o la obra a satisfacción por la entidad y por el tiempo que se pacte según la suficiencia mínima establecida en el Decreto 1082 de 2015.

De lo que podemos observar hasta el momento, la contratación estatal, guarda una relación armónica entre normas de derecho público y privado, por lo cual es necesario que el contrato sea visto de forma creativa a la luz de estos dos regímenes. Ahora, el contrato de seguros tiene su origen en el Código de Comercio y por ende la constitución y consecuencias que del mismo se derivan, se encuentran reguladas en este. Así las cosas, la entidad, ostenta los mismos derechos de un particular asegurado o beneficiario de algún tipo de amparo que se haya constituido en su favor, tales como el pago de la indemnización, reparación o reposición del bien amparado, siendo la declaratoria del siniestro el punto de partida para su reclamación.

Pese a ello, como bien se expuso, la administración manifiesta su voluntad por intermedio de actos administrativos y por ende la declaratoria del siniestro no se aleja de esta regla de orden público. En palabras del profesor Andrés Ordóñez:

Dentro de este marco es que se ha venido entendiendo siempre que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de contratos estatales y hoy en las garantías únicas de cumplimiento de contratos estatales, está constituido por el acto administrativo que declara la caducidad o impone la obligación de pagar la cláusula penal o las multas en caso de incumplimiento o por el acto administrativo que declare la realización de los demás riesgos amparados (Ordóñez, 2011, pág. 58).

Lo anterior, nos lleva a concluir que, cuando la norma se refiere a que se adelanta entre otras, para la declaratoria de incumplimiento, sin lugar a dudas, el mismo será aplicable a la declaratoria de siniestro para hacer exigible los diferentes riesgos de cumplimiento amparados por pólizas expedidas por la compañía aseguradora e incluso por otras formas de garantías requeridas por la entidad y aceptadas por el contratista, tales como la fianza o la garantía bancaria (Narváez, 2014, págs. 70-130).

El procedimiento inicia, con la advertencia por parte de la entidad de un posible incumplimiento que debe reflejarse con el respectivo informe de supervisión o interventoría, en el que deberá constar los registros que detallen con precisión la vulneración endilgada. Este documento será el insumo base para que el ordenador del gasto proyecte la citación a audiencia que, por cierto, guarda una estructura particular, puesto que no solo se limita a señalar fecha y hora de la audiencia, sino que, además, debe consignar los hechos, cláusulas presuntamente incumplidas y las consecuencias que se derivan en caso de no encontrar motivos para archivar la actuación. Desatender el detalle que amerita este escrito inicial, podría configurar una causa de vulneración al derecho de defensa y contradicción, puesto que, de él se desprende la intervención que el contratista realice en la audiencia procurando rendir sus descargos al igual que la aseguradora que también deberá ser citada (Blanco, 2018, págs. 193-226).

Llegada la fecha y hora de la celebración de la audiencia, el ordenador del gasto dará su apertura, identificando a los asistentes y posteriormente, exponiendo las razones de la actuación para lo cual podrá apoyarse, dando lectura íntegra a la citación. Posteriormente, harán uso de la palabra el contratista y el garante para controvertir el presunto incumplimiento. La norma menciona que también podrán aportar pruebas, por lo cual puede darse la intervención de testigos o peritos que considere necesarios siempre que estos atiendan al principio de necesidad pertinencia y conducencia (Amador, 2018, pág. 7).

La audiencia podrá ser suspendida cuando el ordenador del gasto lo considere necesario. Al respecto la norma no establece límite de suspensión; sin embargo, el ordenador del gasto atenderá el factor temporal de la posible sanción, es decir, si el procedimiento se refiere a la imposición de multa, la suspensión no podrá darse hasta después del vencimiento del plazo de ejecución, toda vez que, la multa sería inoperante, aunque no siempre ha sido esta la posición del Consejo de Estado. Hasta antes del 2005, la alta corte sostenía que la facultad para imponer las multas se extendía hasta antes de la liquidación del contrato o incluso en el mismo acto liquidatorio, en atención a la relación convencional aun existente y que no se extinguía sino por la liquidación (Consejo de Estado, Exp. 10264). Posteriormente, el mismo cuerpo colegiado Sección Tercera, en sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 14.393, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, expuso: “(...) *las mismas deben aplicarse antes del vencimiento del plazo contractual, lo que permite inferir que el incumplimiento objeto de sanción, se puede configurar aun cuando no se hayan cumplido los correspondientes plazos contractuales (...)*”.

Esta posición se mantiene hasta la fecha, bajo el argumento adicional que la multa tiene un carácter conminatorio, por lo cual la operatividad de su imposición se refleja siempre que esta se imponga antes de vencido el plazo de ejecución y con un criterio razonable que le

permita al contratista, ponerse al día en sus obligaciones hasta la finalización del plazo convenido para el cumplimiento total a satisfacción (Morales, 2012, pág. 43).

Así mismo, deberá analizarse la pretensión con el debido proceso y la intención del contratista respecto al cumplimiento de las obligaciones, en el entendido que, si se advierte la renuencia de este a atender las reclamaciones de la entidad, lo procedente sería no dilatar la aplicación de la sanción.

Con el fin de concluir el procedimiento, la entidad expedirá la respectiva resolución, con la debida motivación de un acto administrativo particular y concreto creador de situaciones jurídicas, lo cual será notificado en audiencia (Pato, 2014, págs. 23-25). La resolución será susceptible de recurso de reposición el cual se sustenta en la misma audiencia, y para su interposición no se atenderá los términos procesales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), toda vez que en el marco de la oralidad que exige este procedimiento, también se resuelve en audiencia, que como se expuso puede ser suspendida por el término que a juicio del ordenador del gasto y con fundamento en el principio del debido proceso se estime necesario, sin que sobrepase los límites temporales de operatividad de las sanciones.

A diferencia de otros procedimientos administrativos sancionatorios, cuando cesen los motivos de incumplimiento, el ordenador del gasto deberá archivar el proceso, esto, porque lo pretendido con el proceso es el cumplimiento de las obligaciones, más que la sanción en sí misma. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia Rad. 32428 del 6 de julio de 2015, Consejera Ponente Olga Melida Valle:

Ad inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función

conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato.

Veamos, por ejemplo, lo sucedido con el procedimiento sancionatorio contractual adelantado por los hechos ocurridos el pasado 1 de febrero de 2015, fecha en la que se presentó el desplome del puente peatonal de la carrera 11 con calle 103 de la ciudad de Bogotá, D.C., luego de haberse adelantado unas pruebas de carga sin el cumplimiento de los protocolos técnicos que debían tenerse en cuenta para tal fin. Debido a las obras de ampliación de la carrera 11 por parte del distrito capital, la Jefatura de Ingenieros Militares suscribió el contrato modalidad llave en mano (diseños y obra) n.º 1044 el 12 de diciembre de 2013 con un plazo de ejecución hasta el 29 de diciembre de 2014, fecha para la cual el contratista había terminado el 100 % de ejecución de obra dejando pendiente las pruebas de carga que se tenían previstas para los meses de enero y febrero de la misma vigencia, motivo por el cual aún no se contaba con acta de recibo a satisfacción del contrato quedando un saldo pendiente por pagar.

Ante tales hechos, la entidad ordenadora del gasto, dio inicio a dos procesos sancionatorios contractuales para la declaratoria de incumplimiento con la finalidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, buscando el resarcimiento de los perjuicios y el cobro del amparo de cumplimiento; uno en contra de la empresa contratista encargada de la ejecución del proyecto y otro en contra de la interventoría encargada del control y vigilancia especializada de la obra. En este sentido, mediante Resolución n.º 018 del 16 de febrero de 2015, se declaró ocurrido el siniestro del amparo de cumplimiento del contrato llave en mano. Contra este acto administrativo, el contratista interpuso recurso de reposición, solicitando

como argumento de defensa y contradicción, que se le permitiera reconstruir el puente peatonal sin generar mayor inversión de recursos públicos.

Aquí, la entidad efectuó un análisis encaminado a establecer el camino hacia la protección de los recursos públicos, pero, además, de satisfacción del objeto contractual, por lo cual, el proceso fue suspendido hasta el 18 de diciembre de 2015, momento para el cual el contratista entregaría la obra con las pruebas de carga respectivas. Habiendo entregado el proyecto, mediante Resolución n.º 074 del 21 de mayo de 2016, se declaró cerrado y archivado el proceso sancionatorio contractual por haberse generado el recibo total a satisfacción con una estructura apta y funcional para su uso. Similares aspectos procesales ocurrieron con la interventoría, por lo que el proyecto terminó con vigilancia y control.

Como puede observarse en el caso desarrollado, el proceso sancionatorio contractual se suspendió cerca de once meses, siendo la premisa para conceder el plazo, el menor perjuicio para el proyecto obteniendo óptimos resultados y resarciendo los perjuicios causados.

En lo sucesivo del art. 86, se observa un procedimiento expedito, llamado a brindar una solución pronta a las dificultades que atravesase la entidad respecto de la renuencia del contratista al cumplimiento de las obligaciones.

CAPÍTULO IV: Operatividad del proceso sancionatorio contractual

La sencillez en la descripción del procedimiento especial es una de las causas por las cuales, ordenadores del gasto y operadores jurídicos, efectúan interpretaciones de aquellos aspectos que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no aborda, incurriendo en errores o vicios de procedimiento que podría desencadenar nulidades o el desistimiento de la entidad en ejercer la facultad sancionatoria. A continuación, se describirán las falencias más recurrentes en estos procesos junto con la identificación de las posibles alternativas de solución.

Inicialmente, el insumo necesario que de forma expresa evidenciará el posible incumplimiento, es el informe de supervisión e interventoría, aspecto que no guarda dificultad si lo que se pretende es la imposición de multa o cláusula penal, toda vez que, en el primer caso, el contrato estará vigente, como también las funciones de interventoría y supervisión; aspecto similar en el segundo caso, toda vez que la imposición de cláusula penal también conserva un factor temporal, puesto que tendrá que efectuarse antes de que se haya suscrito el acta de liquidación que finalice la relación contractual.

Sin embargo, ¿qué pasa en los eventos que la reclamación se refiere a la calidad y estabilidad de la obra, correcto funcionamiento de equipos o calidad del servicio de los contratos de consultoría, en donde ya se ha generado la liquidación contractual y las fallas se advierten de forma posterior, cuando el supervisor o interventor ya no se encuentran presentes ni guardan obligación respecto de los contratos recibidos a satisfacción, puesto que sus funciones llegan hasta el término de la relación contractual entre la entidad y el contratista?. Esta situación representa un problema para que la administración inicie su facultad sancionatoria.

Al respecto, es importante mencionar que la potestad sancionatoria entregada a la administración, busca conservar la autonomía para tomar acción inmediata frente a las fallas presentes en su contratación, puesto que, al ser un mecanismo de satisfacción de necesidades,

la obligación de no interrumpir la prestación de servicios que le ha sido encomendada, hace que la entidad haga uso de las herramientas que la propia legislación le ha otorgado, como es el caso de la imposición de sanciones contractuales, en tanto que pretende instar al contratista a honrar los compromisos adquiridos (Ibáñez, 2015, pág. 2).

Es por ello que, la entidad deberá buscar los medios para obtener un informe que reporte el estado real de la obra, bien o servicio del cual se predicará el posible incumplimiento, que, a falta del interventor o supervisor, deberá adelantarse por el personal idóneo de la entidad, puesto que como bien lo indica la literal a del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, *“evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad lo citara a audiencia para debatir lo ocurrido”*; por lo cual la evidencia del posible incumplimiento bien podría estar expresado en un informe técnico generado por parte del funcionario a cargo de la custodia del bien o servicio recibido en virtud de un contrato estatal.

Frente a la posibilidad descrita de suplir el informe técnico del supervisor, especialmente en los casos cuando el bien o servicio ya se ha dado por recibido a entera satisfacción, la administración deberá considerar la pertinencia de aperturar el proceso sancionatorio, no solo contra el contratista sino además, contra la persona natural o jurídica que adelantó el seguimiento y control durante la ejecución, así como al que dio origen a los estudios y diseños; es un caso frecuente en los contratos de obra, en donde las fallas en la estructura, bien podrían estar representadas, en un error de diseños, falta de advertencia y asesoría de la interventoría o en errores del proceso constructivo, entre otras. Al ser alta la probabilidad de presentar novedades en las obras, las interventorías deben conservar los mismos tiempos de vigencia en sus amparos y en su garantía técnica, además, porque esto, le permitirá a la entidad llamarlo en audiencia.

Lo anterior, no significa que solo el procedimiento sancionatorio, sea la única alternativa para que quien ejerció vigilancia y control en nombre del ordenador del gasto,

compense a la entidad por su errónea ejecución contractual (Bertha Rosero, 2017, págs. 13-15), puesto que, al ejercer funciones propias de la administración, podrán responder fiscal, penal y disciplinariamente, tal como se interpreta del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora, al establecer con precisión que aun con la intención de declarar el siniestro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento en sus diferentes amparos, se deberá aplicar el proceso sancionatorio especial, vale la pena identificar el papel que cumple el garante de las obligaciones contractuales, toda vez que va más allá del ejercicio de defensa retórica en favor del contratista, en su lugar, su participación en la audiencia, puede ostentar un carácter activo, incluso llegar a remplazar el lugar del contratista incumplido.

En este sentido, la exigencia del llamamiento de la aseguradora a la audiencia, se deriva del contrato de seguros, que, si bien se expide por virtud del contrato estatal, este es autónomo y por ende guarda sus propias reglas, debiendo remitirnos para ello, a lo descrito en el Código de Comercio, conservando una interpretación armónica entre lo reglado para el derecho público y para el derecho privado.

En principio, la asistencia de la aseguradora a la audiencia es necesaria en tanto que de esta también se predica el derecho de defensa y contradicción, pese a que la actuación dinámica es más usual, cuando se trata de procedimientos que pretenden la imposición de cláusula penal o declaratoria de incumplimiento para hacer efectivas las garantías. Esto, por cuanto, cuando se trata de imposición de multas en el evento de decidir su imposición, no se afecta la póliza de cumplimiento, puesto que la entidad se reservará el derecho de efectuar el cobro pecuniario de la sanción, de los saldos a favor del contratista, que por estar vigente el contrato, aún se tendrán pagos pendientes.

Veamos ahora, cuáles son las rutas de defensa que podría tener la aseguradora en el ejercicio de defensa y contradicción, lo cual servirá de herramienta para el ordenador del gasto, con el ánimo de resolver el cumplimiento de las obligaciones contractuales y para ello,

es necesario remitirnos a la norma general, en lo que se refiere al contrato de seguros.

Regulado en el Título V del Código de Comercio y definido como “un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva” (Código de Comercio 1971, art. 1036).

La norma general, también expresa la posibilidad de adquirir un seguro por cuenta de un tercero, existiendo entonces 3 participantes en el contrato; el asegurador, el tomador y el beneficiario, caso en el cual, al tomador le corresponden las obligaciones y al beneficiario, el derecho a la prestación asegurada (Código de Comercio 1971, art. 1039).

En lo que respecta a la existencia de la garantía única de cumplimiento, el asegurador, será la compañía aseguradora que haya optado por garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato estatal a cargo del contratista, el tomador será la parte obligada a constituirla y el beneficiario, la entidad. Luego entonces, le corresponderá a la administración, ejercer los derechos que se deriven de la póliza constituida.

Como se mencionó anteriormente, la entidad manifiesta su voluntad unilateral, mediante actos administrativos y para el caso de manifestar el incumplimiento, debe obedecer el procedimiento reglado, al amparo del debido proceso, por lo que, en el evento de requerir la efectividad de la póliza, la compañía aseguradora deberá ser citada a la audiencia, pues no de otra manera, podrá expresarse en la resolución que declare el incumplimiento, la ocurrencia del siniestro puesto que se habrá afectado el derecho de defensa y contradicción, desembocando en falta de motivación del acto y con ello, la nulidad del mismo que podrá ser declarada por el juez natural, ante la eventual demanda.

Al constituirse en sujeto procesal, el garante, tendrá las mismas facultades en el ejercicio de defensa como las tendría el contratista, es decir que, podrá, controvertir y aportar pruebas, solicitar las necesarias e incluso proponer fórmulas de cumplimiento de las obligaciones contractuales. De lo último mencionado, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, permite que, ante la declaratoria de caducidad, la prestación de las obligaciones continúe a

través del garante, lo cual sería una valiosa alternativa para que la entidad no interrumpa la prestación del servicio contratado o la continuidad de la obra en ejecución. Sin embargo, ¿qué sucede si la compañía aseguradora solicita asumir la posición del contratista cuando el procedimiento sancionatorio no se refiere a la declaratoria de caducidad, sino a la imposición de cláusula penal?, ¿deberá la entidad, abstenerse de acceder a la solicitud, por no existir norma de derecho público que así lo permita y particularmente por establecerse en el Estatuto General de Contratación, que esta opción se genera en eventos de declaratoria de caducidad?

Pues bien, como se expuso, el contrato de seguros tiene su origen y regulación en normas de derecho privado, para el caso, en el Código de Comercio. Luego entonces, es necesario identificar las facultades que ostentan las partes de esta tipología de contratos, con el fin de determinar si la aseguradora podría asumir la posición de contratista cuando la entidad pretenda la imposición de cláusula penal.

Inicialmente, para que se predique la existencia del contrato de seguros, tendrán que darse los siguientes requisitos: el interés asegurable; el riesgo asegurable; la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador (Código de Comercio 1971, art. 1045). Una vez cumplidos estos elementos esenciales, podrá generarse la reclamación respectiva previa declaratoria de siniestro, puesto que surtirá plenos efectos legales.

Ocurrido el siniestro, el art. 1110 del Código de Comercio, establece que, la indemnización será pagadera en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador. Así, el concepto de indemnización para el contrato de seguros, se acompaña con el alcance para la cláusula penal en el contrato estatal, pues esta se ha entendido como la tasación anticipada de perjuicios que implica aproximarse al monto dinerario real de los daños que se llegasen a causar por el hecho del incumplimiento (Contreras, 2017, pág. 12). De las normas transcritas, es claro entonces que si la compañía aseguradora, busca remplazar la posición del contratista por diversas circunstancias de

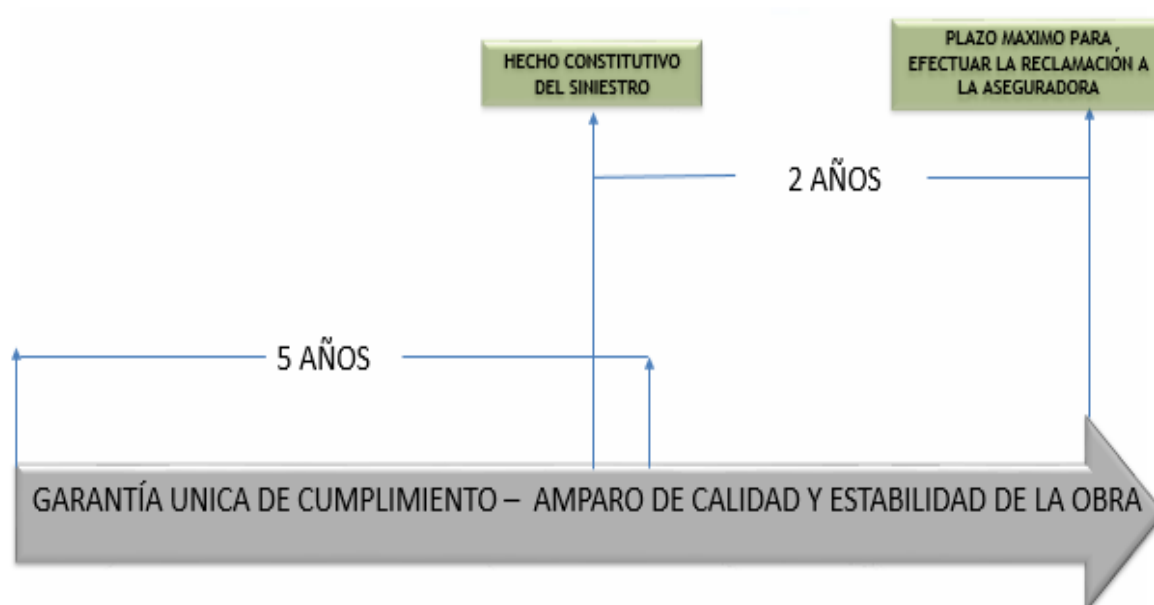
incumplimiento que impliquen la afectación de la póliza por la activación de la cláusula penal, no significa que no pueda continuar con la ejecución de la prestación contratada concretando los perjuicios a la entidad, por el contrario, la administración deberá aceptar esta solicitud como mecanismo de resarcimiento del daño.

Este mecanismo de obtención de la prestación asegurada, conserva la filosofía de la intención del proceso sancionatorio contractual, que como ya se indicó, más que la sanción, lo que se busca es el cumplimiento de las obligaciones contractuales con el fin de satisfacer las necesidades de la administración, aun vencido el plazo de ejecución.

No menos importante, es el cuestionamiento respecto de cuál es el término de prescripción para efectuar la reclamación a la aseguradora. La respuesta se encuentra en el art. 1081 del Código de Comercio, en donde se indica que será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Con lo anterior, debe diferenciarse la vigencia de la póliza del término de prescripción, puesto que, es usual la errónea interpretación que, si la reclamación a la aseguradora se genera una vez vencida la vigencia del amparo, esta no prosperará. Esta precisión ha sido reiterada por el Consejo de Estado; entre sus sentencias más recientes, Sección Tercera, Consejera Ponente María Adriana Marín Exp. 62392 del 14 de diciembre de 2020, expuso:

El término de prescripción ordinaria de dos años comienza a contarse desde el momento en que el interesado, (...) hubiere conocido o debido razonablemente conocer el hecho que da base a la acción, es decir, desde el momento en que hubiere conocido o debido conocer el siniestro, en tanto lo que se pretende es la efectividad de las pólizas y la cobertura del riesgo materializado por parte de la aseguradora (Consejo de Estado Exp. 62392).

Así, por un lado, se tiene el término de cobertura, o en otras palabras la vigencia, la cual se encuentra descrita en el cuerpo de la póliza, esto significa que el hecho constitutivo del siniestro deberá producirse en este período de tiempo para que sea amparado por la aseguradora. Por otra parte, la fecha del hecho generador del siniestro, es el punto de partida para contabilizar el término de dos años para que ocurra el fenómeno de prescripción, que no necesariamente coincidirá con el período de vigencia del amparo, como a continuación se ilustra a manera de ejemplo:



Nota: imagen autoría del investigador

Tener claridad sobre los tiempos descritos, guarda mayor relevancia cuando en el curso de la audiencia se genere la necesidad de suspender la actuación. En este caso el límite procesal de la audiencia no podrá superar los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro, toda vez que, como ya se indicó, este es el tiempo límite para efectuar la reclamación a la aseguradora, quien exigirá la prueba sumaria para su aceptación que, en materia de contratación estatal, será el acto administrativo que así lo declare, evidentemente deberá expedirse con arreglo a las normas procesales, entre ellas que el acto se encuentre en

firme, toda vez que con fundamento el artículo 87 n.º 2 de la Ley 1437 de 2011, la resolución deberá contar con los elementos esenciales de existencia validez y eficacia para que surta el efecto esperado.

Sin embargo, el factor determinante de la suspensión, no deben ser los tiempos límites para hacer efectivas las sanciones o los amparos, sino que, lo pretendido es que se pueda conminar al contratista al cumplimiento de la prestación contratada, luego, si bien existe ese límite temporal, también lo es que se debe generar una efectividad del proceso sancionatorio contractual que estará representada en la celeridad procesal.

Otra de las situaciones que suelen ocurrir en el curso del proceso sancionatorio es la inasistencia del contratista a la audiencia convocada por la entidad, aspecto que se vuelve en una dificultad del procedimiento si lo que se quiere es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones en donde proponga fórmulas de arreglo, esto como objetivo primordial del proceso, previo a la declaratoria de incumplimiento; este escenario que no contempla la norma especial. Aquí, es válido un ejercicio de ponderación, puesto que si bien el contratista, está revestido de su derecho a audiencia para el ejercicio de su defensa y contradicción del incumplimiento endilgado, también, existe para la entidad, el deber de protección de los recursos públicos que en todo caso, desemboca en la protección del interés general, por lo cual ante la renuencia reiterada del contratista a la asistencia de la audiencia sin justificación razonable, la entidad deberá continuar con el procedimiento administrativo, con la asistencia de la aseguradora y es aquí donde se refleja aún más, la importancia de su convocatoria a la audiencia, para que sea esta, quien ejerza la contradicción sobre el presunto incumplimiento y el futuro acto administrativo que lo declare al igual que el siniestro en el respectivo término para interponer el recurso de reposición (Estrada, 2016, págs. 432-433).

La norma especial, tampoco explica la tarifa indemnizatoria que se desprende del resultado del proceso sancionatorio, no obstante, el principio de proporcionalidad no es ajeno a este procedimiento administrativo (Rodríguez C., 2017, págs. 23-25). En este sentido, la multa, pena pecuniaria y reclamación ante la aseguradora, debe estar soportada en el acto administrativo con una motivación lo suficientemente clara no solo de los motivos que llevan a declarar el incumplimiento, sino también de los perjuicios causados, toda vez que, de no hacerlo, el acto administrativo perderá su fuerza indemnizatoria o resarcitoria.

Por ello, tal como sucede en los procesos donde se pretende probar la responsabilidad objetiva, se deberán analizar los elementos de la responsabilidad, enfocados a las obligaciones contractuales, es decir: identificar las obligaciones, tener claridad sobre el hecho generador del incumplimiento y su nexo causal con relación al daño efectivamente causado, que deberá enfocarse en el daño emergente ocasionado a la entidad. El autor Luis Botero Aristizabal en su exposición sobre “*el concepto de daño*”, plantea los dogmas jurisprudenciales que giran en torno al concepto de la responsabilidad patrimonial, indicando, entre otros conceptos, que el daño no puede convertirse en fuente de enriquecimiento para la víctima, por lo cual la indemnización recibida, debe limitarse al perjuicio patrimonial efectivamente demostrado (Castro, 2018, págs. 70-71).

En todo caso, vale la pena precisar que, si bien la indemnización o la labor de tasación de perjuicios, se enfoca en el análisis de daños morales y patrimoniales recibidos por la víctima que en principio es persona natural, para el caso de las reclamaciones que llegara hacer la administración en su calidad de ordenadora del gasto, es la persona jurídica estatal de quien se debe predicar el estudio de los perjuicios causados. Ello no significa que, el dinero con cargo a la indemnización, llegue de forma directa a las arcas de la entidad estatal toda vez que, al pretenderse la protección del erario público administrado por el Estado a través de sus

diferentes órganos, estas indemnizaciones, aterrizan en la cuenta única de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda (Sotelo, 2014, pág. 11).

En todo caso, pese a que la protección esté ligada al Estado como persona jurídica, la realidad indica que es la entidad ordenadora del gasto la afectada directamente, puesto que se ha dejado de percibir una prestación, un bien o un servicio contemplado para su funcionamiento y misionalidad especial para materializar el cumplimiento de los fines del Estado, todo esto en alusión al principio de planeación (Silva, 2019, págs. 38-39).

Así las cosas, retomando las diferentes opciones a las que tiene derecho la administración en la reclamación a la aseguradora en el marco de la declaratoria de incumplimiento y siniestro (Código de Comercio, art. 1110), lo recomendable sería plantear como principal alternativa la reparación o el reemplazo del bien; de tal manera que, se subsane con inmediatez el perjuicio directo sufrido por la entidad más si se tiene en cuenta que nuestra legislación respecto del contrato de seguros así lo permite, puesto que aunque la forma de reclamación por parte de la administración difiera un poco de la realizada por un particular al tener que declarar el siniestro mediante acto administrativo como manifestación de la voluntad unilateral, entre los diversos aspectos en común, se encuentra la facultad del asegurador respecto de la forma de reparación descrita en la ley (Ordóñez, 2014, págs. 58-59); luego entonces dependerá del competente contractual, adelantar las gestiones administrativas necesarias con la aseguradora, para que se acceda a la reposición o reparación del bien o servicio asegurado.

Quizás, desde el ejercicio profesional de los operadores jurídicos del proceso sancionatorio contractual, se verán enfrentados a dificultades adicionales no contempladas en la norma especial como tampoco en el presente artículo de investigación, no obstante, como se observa, el abanico de herramientas normativas, jurisprudenciales y doctrinales, otorgan

los caminos jurídicamente adecuados para generar un correcto procedimiento sancionatorio que concluya en la declaratoria de incumplimiento con sus respectivas consecuencias.

Vale la pena advertir que, en todo caso, el contrato estatal no deja de ser bilateral, por lo que el cumplimiento de las obligaciones contractuales, debe ser recíproco entre las partes, análisis que deberá realizar la entidad incluso antes del llamamiento a la audiencia que apertura el proceso, so pena de incurrir en desgastes administrativos al activar la facultad sancionatoria, en el entendido que el ejercicio de defensa del contratista se base en la falta de cumplimiento de la entidad, como puede suceder en el caso de la suspensión de actividades del contratista por la falta del pago parcial pactado por la entidad lo que desencadena en la afectación de su flujo de caja; o por una necesaria corrección de diseños contratados por la entidad en el caso de los contratos de obra lo que le impedirá continuar con la ejecución de actividades constructivas.

En este sentido, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade, Expediente 21081, expuso que:

(...) tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte, o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que este, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello

constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular (...) (Consejo de Estado, Exp. 21081)

Lo cierto es que la imposición de multas, cláusula penal y efectividad de pólizas en sus diferentes amparos, permite que se materialice la intención del legislador, descrita en el estatuto anticorrupción en su artículo 90, en tanto que, el registro de las sanciones contractuales, limitan la participación de personas naturales o jurídicas con incumplimiento reiterado de los contratos, condición que incluso se describe en la Ley Modelo de Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios, estableciendo en el artículo 6, las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas, así:

(...) Estos procesos administrativos en los que el presunto culpable debe gozar de ciertas garantías procesales, y naturalmente de la posibilidad de refutar la acusación, suelen ser utilizados para suspender o inhabilitar a todo proveedor o contratista que haya sido declarado culpable de alguna falta, como irregularidades de contabilidad, incumplimiento de alguna obligación contractual o fraude. Cabe señalar que la Ley Modelo deja que sea el Estado promulgante quien determine el período por el que se dará por descalificado a un proveedor o contratista que haya sido condenado por algún delito de la índole considerada en el párrafo 1) b) v) (Ley Modelo CNUDMI, 2011).

Ahora, en la medida que la administración haga uso de la facultad sancionatoria, menor será la intervención de los entes de control e incluso del aparato judicial. Así las cosas, adicional a la facultad que ha establecido el legislador para que el mismo ordenador del gasto, adelante acciones encaminadas a la protección de los recursos públicos invertidos en un contrato estatal, encontramos los controles del Estado que vienen acompañados de

procedimientos ideados para compensar los daños causados al erario público con la errónea gestión fiscal de los recursos públicos (Correa Gómez, 2012, págs. 173-188).

Es aquí, donde la Contraloría General de la Nación, juega un papel protagónico en el seguimiento y control al resultado de la inversión fiscal y sin lugar a dudas, entre otros aspectos, observará los mecanismos utilizados por la entidad para la correcta destinación de los bienes y recursos dados para su funcionamiento y prestación eficiente del servicio público que le ha sido encomendado (Younes, 2006, págs. 56-57); aunque, hoy por hoy, con la introducción del Acto Legislativo n.º 004 de 2019, que reforma el régimen de control fiscal y modifica el artículo 267 de la Constitución Política, este ente de control, adelanta un control concomitante y preventivo de forma excepcional sin que ello implique coadministración (Alexandra González, 2020, págs. 80-83).

Lo anterior, nos lleva a afirmar aún más, que el uso de los mecanismos sancionatorios contractuales, constituyen una de las principales herramientas que permiten una administración eficiente, al encaminar sus actuaciones a obtener el recibo del objeto contractual a satisfacción, so pena de endilgar faltas omisivas por la ausencia de mecanismos conminatorios o indemnizatorios, ocasionando el presunto detrimento patrimonial.

CONCLUSIONES

La evolución de la sociedad, ha permitido adoptar diferentes reglas que se ajusten a las nuevas necesidades económicas, políticas, sociales entre otras, abriendo paso a diferentes actores distintos del aparato judicial para que desde el marco de sus competencias puedan ejercer potestades sancionatorias evitando el desgaste y mitigando la congestión de la administración de justicia.

Ahora, conociendo que es la contratación estatal, una herramienta fundamental encaminada a la satisfacción del interés general, la producción normativa ha sido amplia en el curso de la historia, la cual no podía limitarse solo al desarrollo de las modalidades de contratación, sino que además debía contemplar escenarios de incumplimiento y la forma como afrontarlos. En otras palabras, el dinamismo de la actividad contractual del Estado, exige una adecuada regulación normativa que reconozca este papel reglado en todas sus etapas, describiendo derechos y deberes tanto para la administración como para los particulares (Dávila, 2016, pág. 24).

Vimos entonces, como a través de la historia se ha incorporado a las normas contractuales, mecanismos encaminados a la protección de los recursos públicos, entre ellos, la posibilidad de ejercer la potestad punitiva por parte de la administración con funciones de ordenación del gasto, hasta llegar a lo que hoy conocemos como el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

Este proceso especial que además se aplica para la afectación de los amparos o garantías que cobijan al contrato posterior a su entrega, trajo consigo importantes herramientas para las entidades estatales y evidentemente para los operadores jurídicos. Pese a ello, la sencillez que hoy nos brinda la norma descrita en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, exige del análisis armónico de los criterios auxiliares del derecho, con el fin de generar

interpretaciones acertadas de aquellos aspectos que no se encuentren descritos de forma expresa en este artículo.

Como se indicó, el proceso sancionatorio contractual busca obtener del contratista el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y a su vez, satisfacer las necesidades de la administración, por lo cual, la entidad deberá siempre contemplar en el curso del procedimiento, los diferentes mecanismos que permitan atender los requerimientos de cumplimiento y calidad. Ello implica, sin lugar a dudas, acceder a las propuestas de arreglo razonables que proponga el contratista en el desarrollo de la audiencia al igual que la aseguradora, aprovechando de esta manera el sentido práctico de la norma especial, al permitir la terminación del procedimiento cuando cesan los motivos del incumplimiento, a diferencia de otros procedimientos administrativos sancionatorios como el ambiental, que castiga pese a las medidas de mitigación posterior del vinculado.

En todo caso, el debido proceso, presente todas las etapas del contrato desde su formación hasta su liquidación e incluso de forma posterior a ella, implica, entre otros aspectos, que: I. Se permita el ejercicio de defensa y contradicción de los convocados entre estos, la aseguradora. II. Que el acto administrativo cumpla con una correcta motivación y III. Que la sanción pecuniaria producto del incumplimiento cuantificada en el acto administrativo, contemple el análisis del daño, tasación anticipada del perjuicio y que esta sea proporcional al incumplimiento.

En síntesis, en respuesta a la pregunta de investigación, a efectos de indagar sobre el alcance de la operatividad del proceso sancionatorio contractual, luego del análisis y estudio de lo que rodea a la facultad sancionatoria contractual de la administración, puede concluirse que las prerrogativas otorgadas a los ordenadores del gasto para imponer multas y declarar incumplimientos, son una importante herramienta de gestión y podrá predicarse su operatividad y efectividad, en la medida que se armonice en conjunto la norma especial de

cara a los diversos criterios auxiliares del derecho, tales como la costumbre, la analogía y la equidad, la remisión normativa, entre otros, que aterricen la intención de la entidad concretada en la satisfacción del interés general, la correcta administración de los recursos públicos y protección de los mismos, de tal suerte que los intervinientes en el procedimiento, hoy por hoy cuentan con diversos mecanismos y estrategias jurídicas que permitirán llevar a feliz término el pacto contractual.

REFERENCIAS

- Acero, H. L. (2014). Equidad y ética en el recaudo tributario colombiano: 1990-2010. *Apuntes del CENES*, 83-88. Recuperado el 11 de abril de 2020, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4795/479547210004>
- Alexandra González, L. M. (2020). Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi. (U. S. Tomas, Ed.) 80-83. Obtenido de https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#search/jurisdiction:CO+content_type:4/control+fiscal+prev+entivo+y+concomitante/WW/vid/844664473
- Amador, O. (2018). LA PRUEBA PERICIAL: ANÁLISIS ESTRUCTURAL PARA UNA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO. *Artículo de Investigación*, 7. Obtenido de https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4981/T_MDPC_286.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Anderson, P. (1979). *Estado Absolutista*. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores.
- Ayala, J. (1999). *Elementos del derecho administrativo general*. Bogotá, D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ballesteros, G. (2018). Multas de incumplimiento en los contratos sometidos al derecho privado. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 6.
- Bertha Rosero, M. (2017). *Contratación Estatal interventoría y supervisión*. Bogotá, D.C.: Ediciones de la U.
- Blanco, R. (2018). Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016. (U. S. Tomas, Ed.) *Revista IUSTA* (49), 193-226. Obtenido de <http://www.lexbasecolombia.net/revistauniversitaria/usantotomas%20bogota/iusta%2049/deficiencias.htm>
- Castro, M. (2018). *Derecho de las Obligaciones con propuestas de modernización* (Vol. III). (U. d. Andes, Ed.) Bogotá D.C. Obtenido de <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#sources/23327>
- Chaves, J. (2015). El Desarrollo del Debido Proceso en las Actuaciones Administrativas para la Formación de Contratos Estatales. *VNIVERSITAS*, 102.
- Código de Comercio. (27 de marzo de 1971). Diario oficial. Bogotá, D.C.: Congreso de la República.
- Consejo de Estado, 3615 (Sección Tercera 29 de enero de 2988).

- Contreras, J. (2017). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 12. Obtenido de <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#sources/12219>
- Correa Gómez, E. (2012). Responsabilidad Fiscal en Colombia. *Prolegómenos Derechos y Valores*, 15, 173 - 188.
- Corte Constitucional. (4 de abril de 2004). Relatoria.
- Cuesta, E. (1984). *Curso de Derecho Administrativo* (8va ed., Vol. I y II). Madrid: Editorial Técnos.
- Das, V. (2008). El Estado y sus márgenes. Etnografías comparadas. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, 2.
- Dávila, G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3ra edición ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A. Obtenido de <http://ebooks7-24.com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/stage.aspx?il=&pg=&ed=>
- Decreto 3130. (26 de diciembre de 1968). Bogotá D.E: Diario Oficial.
- Decreto 566. (30 de marzo de 1932). Bogotá D.C, Colombia.
- Estado, C. d. (13 de septiembre de 1999). Exp. 10264. Bogotá D.C.
- Estrada, L. (2016). XII. EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES. En F. P. Sánchez, & U. d. Sabana (Ed.), *Seguros: Temas esenciales* (págs. 432-433). Bogotá, D.C.: ECOE Ediciones. Obtenido de <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#sources/21545>
- Grueso, M. (2011). Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por Entidades Estatales con régimen privado de contratación. *Revista Republicana*, 11, 46-47. Recuperado el 5 de julio de 2020
- Ibáñez, Q. M. (julio de 2015). La potestad sancionadora de la administración en el ámbito contractual: los casos de Perú y Colombia. *Revista Derecho & Sociedad*, 2.
- Iván Gómez, D. C. (2020). *CONTRATACIÓN SEGURA investigación compilatoria Estudios en Contratación Estatal* (cuarta edición ed.). (I. d. Público, Ed.) Bogotá D.C.: Investigaciones en Seguridad Jurídica.
- Ley 110 de 1912. (23 de noviembre de 1912). Código Fiscal Nacional. Bogotá, D.C., Colombia: Congreso de la República.
- Ley 167 de. (24 de diciembre de 1941). Bogotá, D.C., Colombia: Congreso de la República.
- Londoño, J. (2016). EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN-LEY 1474 DE 2011 Y SU ALCANCE EN EL REGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL. *Universidad EAFIT*, 14- 5.
- Martin, C. d.-S. (14 de diciembre de 2020). Exp. 62392. Bogotá, D.C.

- Mercantil, C. d. (11 de julio de 2011). LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS con la guía para su incorporación eventual al derecho interno. Nueva York, Estados Unidos: Comisión de las Naciones Unidas. Recuperado el 23 de agosto de 2020, de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/ml-procurement-s.pdf>
- Morales, C. (2012). Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. *Universidad del Rosario*, 43. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4159/MoralesCastro-CarlosJavier-2012.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Narvárez, J. (2014). Régimen vigente de la garantía única en la contratación estatal en Colombia. *Pontificia Universidad Javeriana*, 70-130. Obtenido de <http://www.lexbasecolombia.net/buscadorlexbase-showdoc.asp?tt=R%E9gimen%20vigente%20de%20la%20garant%EDa%20%FAnica%20en%20la%20contrataci%F3n%20estatal%20en%20%20Colombia&scp=../revistauniversitaria/ujaveriana/ibero%202014/40/regimen.htm&emailusr=&excode=>
- Ordoñez, A. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2014). Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 58-59.
- Orrego, G. (2020). *Contratación estatal: declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal*. Bogotá D.C.: Universidad Católica Luis Amigo. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/usta/127455>
- Pato, T. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento y recursos administrativos y contencioso-administrativo*. Madrid: Editorial Club Universitario. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/usta/113661?page=1>
- Pequeño, G. (2013). *El procedimiento administrativo sancionador: teoría y práctica*. Madrid: Dykinson. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/usta/56888>
- República, C. d. (1971). *Código de Comercio*. Bogotá D.C.
- Rodríguez, C. (2017). *El principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia*. (U. d. Magdalena, Ed.) Santa Marta: Editorial Unimagdalena. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/usta/701161?page=1>
- Rodriguez, L. R. (1999). Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia. *La Revue administrative*, 9. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/40773372>
- Salomón, J. (2008). La reforma a la Contratación Pública. *Derecho y Realidad*, 173.
- Silva, J. (2019). *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. Bogotá D.C.: Colección Jus público - Ed. Universidad Católica de Colombia.

Sotelo, S. (2014). El resarcimiento a las entidades públicas contratantes en el marco de las garantías que amparan la calidad y la participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento. *Repositorio Universidad Santo Tomas*, 11. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3566/Sotelosandra2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Suarez, D. (2014). Procedimientos Administrativos Sancionatorios. *Opinión Jurídica*, 3.

Tercera, C. d. (15 de abril de 2015). 21081. Bogotá D.C.

Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

Younes, D. (2006). *Derecho del Control Fiscal* (Quinta Edición ed.). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.