

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO (INCUMPLIMIENTOS)



CUNDINAMARCA
iREGIÓN
Que Progresa!
CON LEGALIDAD

FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

La potestad o facultad sancionadora, es un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias así como el deber de dirección general de los contratos y la responsabilidad de control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones; y por ende, la posibilidad, de declarar un incumplimiento para exigir los perjuicios derivados de una deficiente ejecución contractual o imponer las multas pactadas en el contrato. Esa facultad sancionatoria opera cuando estamos frente a un contrato que busca el cumplimiento de los fines estatales, razón por la cual, con el fin de salvaguardar los dineros públicos, se hace efectivo este procedimiento para satisfacer el interés general en la ejecución de los contratos.

CONCEPTOS BÁSICOS

- **Supervisión:** Seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por un colaborador de la entidad contratante cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.
- **Interventoría:** Corresponde al seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.



CONCEPTOS BÁSICOS

- **Oportunidad:** Condición que se predica respecto de las actuaciones del Supervisor y/o interventor de un contrato en relación con el deber de informar o solicitar las acciones correspondientes a la Entidad cuando se puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o de efectuar los correctivos oportunos en aras de lograr la finalidad del contrato o de tomar las decisiones y/o acciones administrativas necesarias, siendo igualmente responsables por mantener informado a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles. Siguiendo la lógica de la debida diligencia y cumpliendo lo que al respecto establezca la Entidad.



CONCEPTOS BÁSICOS

Incumplimiento contractual: “No ejecutar determinada prestación en los términos originalmente pactados.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1205, 15 de marzo de 1996) El incumplimiento contempla tres escenarios:

a) La no entrega total del objeto pactado, trata de la inejecución absoluta de la obligación.

b) La prestación defectuosa, es cuando se recibe oportunamente el objeto por parte del contratista, pero esta no satisface completamente el interés, ya que no se ajustan exactamente a lo pactado, sea porque no cumple las especificaciones técnicas o no cumplen con los requerimientos señalados en el contrato.

c) El retardo en el cumplimiento (cláusula penal): Es cuando el objeto contractual se ejecuta fuera del plazo pactado y se estipulo en este una sanción de cláusula penal.

CONCEPTOS BÁSICOS

Multa: Estipulación pactada en el contrato, que tiene como objeto apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones cuando haya mora o incumplimiento de las mismas. Su imposición procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista y el plazo del contrato se encuentre vigente.

Cláusula penal: Es la estipulación contractual conforme a la cual y si por razón de un incumplimiento del contratista, previa audiencia, se declara el incumplimiento de las obligaciones acordadas, se hará efectiva la pena pecuniaria prevista como una tasación anticipada de los perjuicios que dicho incumplimiento le genera a la entidad.

Sanciones: Corresponde a las estipulaciones acordadas contractualmente para los eventos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista o de hechos constitutivos de incumplimiento que afecten la ejecución del contrato y su aplicación se dará conforme a lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y con el cumplimiento del procedimiento administrativo sancionatorio definido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

CONCEPTOS BÁSICOS

Garantía: Mecanismo de cobertura de un riesgo, por medio del cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones a favor de entidades públicas, con ocasión de la oferta, el contrato y su ejecución y la liquidación del mismo.

Riesgo: El artículo 1054 del C.Co. define al riesgo como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.”

Siniestro: El siniestro, es la mera materialización de ese riesgo. Es cuando eso de lo cual se pretendía proteger el asegurado, ocurre y genera los efectos nocivos que dan lugar a la indemnización por parte del asegurador.



CONCEPTOS BÁSICOS

Informe de interventoría/supervisión: Documento suscrito por el interventor/supervisor, a través del cual deja constancia sobre los todos aspectos técnicos, administrativos y financieros ocurridos durante la ejecución del contrato en los términos y condiciones que fueron contratados, así como, sobre las dificultades en la ejecución, las medidas correctivas y las recomendaciones y/o alternativas de solución que propusieron y demás aspectos relevantes, con los soportes documentales que dan cuenta de lo allí informado.

Debido proceso. Principio de rango Constitucional que se debe aplicar en todas las actuaciones judiciales o administrativas, conforme al cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas. Tratándose del procedimiento administrativo sancionatorio este se garantiza a través de: El derecho de audiencia en la cual debe ser oído por el funcionario competente para tomar la respectiva decisión; el derecho a presentar y solicitar pruebas: el derecho de contradicción y el derecho a interponer el recurso que la Ley ha señalado con el fin de que la Entidad estudie nuevamente la decisión y solicitar que ésta sea revocada, modificada o aclarada.

FUNDAMENTOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DE LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

- Art 2 de la C.P. Fines esenciales del Estado.
- Art 6 de la C.P. Responsabilidad de los particulares
- Art. 209 de la C.P. Principios Función Administrativa

- Ley 80 de 1993. (Art: 3 y 4)
- Ley 1474 de 2011. (Art: 44- 45, 82 al 86)
- Decreto de Ley 019 de 2012 (Art. 217)
- Decreto 1510 de 2013, derogado y compilado por el Decreto 1082 de 2015.



FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL



- Art 3 Ley 80 de 1993: En la **CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN** de contratos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

DEBERES Y DERECHOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES



Art 4 Ley 80 de 1993

- Exigir la ejecución idónea y oportuna.
- Gestionar el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
- Revisar **PERIÓDICAMENTE** para verificar el cumplimiento de las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas
- Exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias

PREVISIÓN DE LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA (ART.83 LEY 1474/2011)

- ✓ Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.
- ✓ La entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.



RESPONSABILIDADES Y DEBERES DE LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

- ❖ **Control y vigilancia:** Se concreta ejerciendo durante la ejecución del contrato una verificación eficaz, oportuna e imparcial sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pliego de condiciones, propuesta y contrato.
- ❖ Colaborar en la realización de los fines de la contratación estatal.
- ❖ Busca coadyuvar en la ejecución del contrato, manteniendo siempre su independencia frente al contratista.
- ❖ Prevenir circunstancias que en desarrollo del contrato puedan afectar su ejecución y la consecución de objeto contratado, e impedir que se genere responsabilidad para la entidad contratante por causas imputables al Supervisor/ interventor o de la administración.
- ❖ Cuando el interventor o supervisor encuentre que el contratista **NO CUMPLE** con sus obligaciones establecidas en el contrato o convenio **EXIGIRÁ** por **ESCRITO**, el estricto cumplimiento de las cláusulas pactadas.

DENTRO DE LAS ACCIONES QUE DEBE ADELANTAR LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA ENCONTRAMOS:

Evaluaciones periódicas para determinar el cumplimiento de las obligaciones, y en ellas verificar:

- Plazos y oportunidad.
- Calidad de los materiales, elementos y servicios.
- Niveles de cumplimiento.
- Adoptar correctivos.
- Proponer soluciones.
- Asegurarse de que el contratista se ajuste a lo pactado.
- Que subsane de manera inmediata cualquier inconsistencia que pueda afectar la normalidad del contrato.



OBLIGACIONES DE LA SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA

➤ OBLIGACIÓN DE CARÁCTER JURÍDICO

Comprenden el conjunto de actividades orientadas a garantizar el cumplimiento de todos los requisitos jurídicos necesarios para el perfeccionamiento y la ejecución del contrato o convenio o de cualquiera de sus modificaciones y la oportuna adopción de los mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y principalmente el desarrollo del objeto contractual.

➤ OBLIGACIÓN DE CARÁCTER TÉCNICO

Las actividades técnicas comprenden el conjunto de actividades orientadas a garantizar el cumplimiento de todos los requisitos técnicos, necesarios para la ejecución del contrato o de cualquiera de sus modificaciones.

RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES (ART.82 LEY 1474/2011)

Los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.



FACULTADES Y DEBERES DEL SUPERVISOR O INTERVENTOR

(ART.84 LEY 1474/2011)

- ✓ La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.
- ✓ Los interventores y supervisores están facultados para solicitar:
 - ✓ Informes
 - ✓ Aclaraciones
 - ✓ Explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual,
 - ✓ Serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.





ARTICULO 84 LEY 1474 DE 2011 “FALTA GRAVÍSIMA”

Será falta gravísima no exigir, el supervisor o el interventor la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO A SUS DEBERES

- El interventor y/o supervisor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, **será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento.**
- Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, **será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.**

CONCLUSIONES DEL ARTÍCULO 84 LEY 1474 DE 2011

- Es responsabilidad del supervisor e interventor mantener informada a la Entidad de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato o convenio, o cuando tal cumplimiento se presente.
- El supervisor y/o interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato o convenio vigilado o de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este por los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento.
- El supervisor y/o interventor debe exigir al contratista la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias. No hacerlo, constituye una falta gravísima.
- El supervisor y/o es el responsable de la elaboración y suscripción de todos los documentos que den cuenta de su ejercicio, dentro de sus facultades.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL “PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO”

MARCO LEGAL

- Ley 1150 de 2007 - Art. 17 DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO – MULTAS Y CLAUSULA PENAL-
- Ley 1474 de 2011 - Art. 86 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO (INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL)



¿QUÉ CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO?

No ejecutar determinada prestación en los términos originalmente pactados:

1. La falta de cumplimiento de la obligación.
2. Su cumplimiento tardío.
3. Su cumplimiento imperfecto, son formas de incumplimiento.

Respecto a los incumplimientos ha expresado el Consejo de Estado en sus fallos que incluso la ejecución extemporánea de las obligaciones contractuales, no puede excluir per se la imposición de la medida, porque lo cierto es que hubo un incumplimiento y, dado que el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento puesto al servicio de la administración para la materialización de los fines del Estado y a través del cual se colman necesidades colectivas; tal situación no puede quedar indemne e impune bajo el argumento de que “los hechos se encuentran superados”, lo que implica que la medida resulta procedente por el advenimiento del incumplimiento y, por consiguiente, se causa pese a que con anterioridad a su imposición se acredite la observancia de las prestaciones que se tienen a cargo...”

GENERALIDADES DE LOS INCUMPLIMIENTOS

1. El contratista debe responder por la no ejecución normal del contrato, entendiendo que en materia de contratación estatal prima el interés general, lo que no significa otra cosa que, el contrato se ejecute y se cumpla conforme a las obligaciones pactadas, y que, en consecuencia no sufra un estancamiento o incumplimiento por la negligencia del contratista o por su falta de previsión, en efecto, la finalidad que tienen las garantías en los contratos es la de proteger específicamente el patrimonio de las Entidades Estatales.
2. El procedimiento a través del cual se puede declarar un incumplimiento contractual fue creado y reglamentado mediante el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dando cumplimiento a lo exigido por el legislador en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, respecto a establecer un procedimiento “mínimo” que garantice el debido proceso a los colaboradores del Estado.

GENERALIDADES DE LOS INCUMPLIMIENTOS

3. El procedimiento administrativo sancionatorio se refiere únicamente a los contratos estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, además de sus decretos reglamentarios; en otras palabras, quedan por fuera de este procedimiento los contratos estatales que se rigen por las normas del derecho privado.

4. La declaratoria de incumplimiento per se no implica el ejercicio de una potestad de carácter excepcional, como si sucede con la utilización de las potestades de interpretación unilateral, modificación unilateral o la misma caducidad administrativa, lo que no puede confundirse con la potestad sancionatoria que surge en virtud de los incumplimientos.

GENERALIDADES DE LOS INCUMPLIMIENTOS

5. Los sujetos procesales del proceso administrativo sancionatorio contractual son: la administración pública que es la citante a la audiencia respectiva de incumplimiento, el contratista presuntamente incumplido y su garante. No es sujeto procesal ni el interventor ni el supervisor del contrato estatal que está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



DEBIDO PROCESO (ART. 17 LEY 1150 DE 2007)



“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

PROCESO (PARÁGRAFOS - ART. 17 LEY 1150 DE 2007)

- La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.
- Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

LA MULTA

Estipulación pactada en el contrato que tiene como objeto **APREMIAR** o **CONMINAR** el cumplimiento parcial o tardío de las obligaciones contractuales. Esta procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista y el plazo del contrato se encuentre vigente.



No tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo

EJEMPLO DE MULTA

“En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales y/o legales a que haya lugar por parte de CONSULTOR en la ejecución del contrato o en el cumplimiento de sus obligaciones EL CONSULTOR cancelará a LA EMPRESA por cada día de retraso el equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor total del contrato, sin exceder el diez (10%) por ciento del valor de mismo. LA EMPRESA y/o el interventor verificarán el cumplimiento de cada Cronograma de Trabajo del Contrato de consultoría y las obligaciones a cargo del CONSULTOR, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones y cláusulas del contrato, quien deberá informar sobre su cumplimiento o incumplimiento (...).”



LA MULTA

La potestad sancionadora de la administración tiene como fundamento asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen ante el Estado, sin embargo, ese carácter persuasivo, conminatorio o apremiante de la multa implica que una vez nace el derecho de crédito en cabeza de la Administración ésta queda habilitada para exigir tanto la suma de dinero correspondiente a la multa como el cumplimiento de la obligación principal; lo que significa que la la observancia tardía de las prestaciones convencionales no exime, en modo alguno, al contratista de la sanción por no mantener la fidelidad debida a lo pactado.

CONCLUSIÓN

CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA



La multa es aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ¿QUÉ ES?



- ❖ Estipulación contractual a través de la cual, se estima de manera anticipada los perjuicios que un incumplimiento total y definitivo le pueda causar a la entidad.
- ❖ Procede después de terminada la ejecución contractual y hasta antes de su liquidación.

LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

“La cláusula penal, por lo general y salvo que exista pacto inequívoco en contrario, debe ser entendida como una tasación anticipada de perjuicios, en consecuencia, si hay dudas respecto de su apreciación éste será el sentido que deberá otorgársele. Ahora bien, generalmente, en lo que a los contratos estatales corresponde, la función de la cláusula penal se ha identificado como de carácter compensatorio, esto es, como una tasación anticipada de los perjuicios y no conminatoria del cumplimiento de las obligaciones del contrato.”

CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION A -Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON - Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012). - Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702)



LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

“(...) la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado (...) b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista”



CONCLUSIÓN: LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ES:

Es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba (no deberán ser demostrados) dentro del procedimiento respectivo, toda vez que, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios. Dicho de otro modo, el valor de los perjuicios estará determinado previamente por el que hayan estipulado las partes en dicha cláusula.



CARÁCTER COMPENSATORIO DE LA CLASULA PENAL

El carácter compensatorio de la cláusula penal se fundamenta en el artículo 1600 del Código Civil el cual señala que no es posible solicitar a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente por las partes, caso en el cual, podrán reclamarse conjuntamente tanto la pena como la indemnización de perjuicios.



Si media pacto expreso al respecto, el acreedor puede cobrar tanto la indemnización de perjuicios como la sanción pecuniaria pactada entre las partes por el incumplimiento del contrato.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Las partes, en ejercicio de su autonomía pueden acordar no limitar el monto de los perjuicios a los que se pacten de manera anticipada y, por el contrario, para efectos de que el lesionado resulte ileso, estipular que si los daños realmente sufridos por él son mayores a los previamente estimados en la cláusula penal, éste quede facultado para cobrar los perjuicios que no hubieren quedado cubiertos por ella. En este último caso corre a cargo del lesionado la obligación de probar la causación y el monto de tales perjuicios.

❖ **EJEMPLO:** “...se pacta como clausula penal pecuniaria una suma equivalente al 20% del valor total del contrato como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que LA EMPRESA pueda solicitar al CONSULTOR, la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan del valor de la clausula penal pecuniaria...”

FUNCIONES DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA SEGÚN LA DOCTRINA

La cláusula penal pecuniaria reconoce para sí tres funciones que justifican esta institución:

1. Tiene una función garantizadora pues su vocación es asegurar el cumplimiento de la obligación principal.
2. Tiene una función compensatoria en tanto que se considera una tasación anticipada de los perjuicios generados por el incumplimiento de la obligación principal.
3. Tiene una función punitiva en tanto que se considera una sanción contemplativa del incumplimiento de la obligación.





CONCLUSIÓN CONSEJO DE ESTADO

La cláusula penal pecuniaria constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

“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...”



PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.



PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011



b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;



PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”



CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

Al igual que ocurre en materia penal, el transcurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual, el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que, el ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria.

CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

“Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. (...)”

DEBIDO PROCESO

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-371 DE 2011

“(...) los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso, se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen “los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley(...)”



DEBIDO PROCESO

La extensión del derecho constitucional a las actuaciones administrativas, buscando garantizar la correcta producción de los actos administrativos.





GENERALIDADES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

- ✓ El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual.
- ✓ La declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, durante o posterior a la terminación del contrato debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- ✓ El artículo 86 de la ley 1474 de 2011, señala un procedimiento especial, sin embargo, en lo no previsto en esta norma se acudirá a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo y en lo no señalado allí , se acudirá como norma general al Código General del proceso.

GENERALIDADES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

- ✓ El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al EGCAP. De ahí que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- ✓ • Una vez demostrada la responsabilidad exclusiva del contratista en el incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales durante la vigencia del contrato o posterior a ella, es procedente declarar el incumplimiento, imponer la multa o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria según corresponda.

GENERALIDADES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

- ✓ Pese a que la cláusula penal pecuniaria es una disposición contractual que prevé y permite tasar el perjuicio por un porcentaje específico atendiendo la estimación anticipada de perjuicios, según la doctrina y la jurisprudencia, la autoridad administrativa debe propender por determinar y verificar la proporcionalidad de las sanciones a aplicar.



¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD?



La proporcionalidad está concebida como principio de interpretación constitucional y puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto.

La proporcionalidad de la sanción hace parte de la naturaleza y alcance del derecho al debido proceso.

La proporcionalidad de la sanción no solo exige que la falta descrita y la sanción prevista para su comisión sean adecuadas a los fines de la norma, sino también que la sanción no resulte excesiva en relación con la conducta que pretende reprochar (prohibición de exceso).

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN LA DOCTRINA

“(…) el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa (...) Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria. Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. **Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso.** (...) Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general”

¿QUÉ IMPLICA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO?

“... la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general...” CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO - Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008) - Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

EN CONCLUSIÓN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD...

El principio en estudio concede la posibilidad para aumentar o reducir la pena conforme a las condiciones fácticas en que se desarrolló el contrato:



“(...) si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. (...) tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares(...)”

GARANTÍAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Decreto 1082 de 2015: La norma que regula las garantías para los contratos estatales entendiendo la dinámica propia y la naturaleza particular de estos amparos, y es en tal virtud, que a estos no le resultan aplicables varios de los artículos del Código de Comercio.



“SECCIÓN 3. GARANTÍAS - SUBSECCIÓN 1. GENERALIDADES. Artículo 2.2.1.2.3.1.1. Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título.”





GARANTÍAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El otorgamiento de la garantía tiene una particular justificación basada en el interés del patrimonio estatal, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados entre particulares.

“(…)Las garantías en los contratos estatales a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público (…) De lo anterior se concluye que es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos, lo cual no tiene ninguna discusión(…)”

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE- Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil uno (2001).- Radicación número: 25000-23-26-000-1994-0296-01(13598).

GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO

La Corporación, en providencia del 22 de abril de 2009, con ponencia de la Doctora Myryam Guerrero de Escobar, al pronunciarse acerca de la finalidad de la garantía de cumplimiento, señaló:

“(...)El propósito de dicha garantía no es otro que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración (...)”



¿QUÉ ES LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO?

La ocurrencia del siniestro se configura con el acto administrativo declara el incumplimiento, es decir, éste último constituye la prueba de la realización del riesgo, así como el ejercicio del poder decisorio y previo de la administración. En consecuencia, se entenderá causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa o se expida el acto que resuelve el recurso de reposición, que declara y/o confirma la realización del riesgo que ampara la póliza, por causas imputables al contratista.

“(...)Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible con el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer (...) Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho) (...)” Consejo de Estado, Radicación: 27.816



OCURRENCIA DEL SINIESTRO SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

“(...)la Sala ha considerado que la garantía constituida en beneficio de las entidades públicas por el contratista, se hace efectiva mediante la manifestación jurídica de ocurrencia del riesgo asegurado, esto es, del incumplimiento del contratista, que puede constar en cualquier acto administrativo que revele sus omisiones en la ejecución de la prestación debida. Se tiene por tanto que, como las obligaciones del asegurador provienen del acaecimiento del riesgo asegurado por el tomador, una vez en firme el acto que lo declara, nace a la vida jurídica una obligación clara, expresa y exigible en contra del asegurador. (...)”

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera - Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA -Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil ocho (2008) - Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120)



TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DEL CONTARTO DE SEGURO

La prescripción de las acciones contra el asegurador del contrato estatal se encuentra estipulada en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio; en ese sentido, las Entidades Estatales con potestad para declarar unilateralmente el siniestro y hacer valer garantías, cuentan con un término de dos años a partir del momento en el que la contratante conoció o debió conocer su ocurrencia.

“ART. 1081 C.Co. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.”



TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

Mediante Sentencia 23-31-000-2011-01873-00 (53914), de fecha 26 de noviembre de 2015, cuyo Consejero Ponente fue el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se expresa lo siguiente:

"(...) De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por ultimo, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza (...)."



EN CONCLUSIÓN

- 1) La estructura legal de los contratos de seguros que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, son especiales y participan de la naturaleza de éstos.
- 2) El contrato de seguro constituye un contrato que colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista
- 3) “El correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante, sin que el contratista particular o la aseguradora tengan la opción de discutir o negociar si hay lugar, o no, a su celebración o a la expedición de la respectiva póliza...” Consejo de Estado, Radicación: 27.816



CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES

Artículo 90 Ley 1474 de 2011 – Modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 señala que:

Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- A. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;
- B. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años;



CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

d) Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. (Literal adicionado por el art. 51 de la Ley 2195 de 2022)



CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS Y SANCIONES

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar.

GRACIAS

