LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

LUIS CARLOS LÓPEZ COGUA

AUTOR

CODIGO 3500928

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SEMINARIO DESARROLLO DE TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ D.C. 2.015

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

LUIS CARLOS LÓPEZ COGUA

AUTOR

CODIGO 3500928

Trabajo de grado para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo

Tutor temático: JAIRO SANDOVAL CARRANZA

Tutor metodológico: DILIA PAOLA GOMEZ PATIÑO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SEMINARIO DESARROLLO DE TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ D.C. 2.015

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN EL AMBITO CONTRACTUAL*

Luis Carlos López Cogua**

Resumen

La potestad sancionadora de la administración pública se caracteriza fundamentalmente por encontrase sometida al principio de legalidad, en sentido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha definido ciertos aspectos como lo son su atribución o las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción. Por ello este articulo pretende analizar a partir de la jurisprudencia y la ley 1474 de 2011, en concordancia con el decreto 222 de 1983, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto 1510 de 2013. En que forma las normas de referencia regulan la potestad sancionatoria de la administración en el ámbito contractual para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en concordancia con los principios del debido proceso en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, empleándose una metodología descriptiva, concluyendo con la viabilidad desde un aspecto procedimental el papel de doble instancia que ostenta la administración en este trámite, por lo tanto, el punto de partida se fundamenta en una breve descripción de los alcances y efectos de la potestad sancionatoria en las actuaciones contractuales, partiendo del análisis de sus elementos y posteriormente entrar a describir los aspectos que enmarcan el procedimiento para la imposición de sanciones legalmente consagrado en Art.86 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

Palabras Clave:

Potestad sancionadora, principio de legalidad, procedimiento sancionatorio, clausula penal, debido proceso.

* Articulo de Reflexión – La Potestad Sancionadora de la Administración Publica para la imposición de sanciones en el ámbito contractual.

** Abogado Universidad Colegios de Colombia -UNICOC- Correo Electrónico: Lopez_6230@hotmail.com, luisc.lopez@segurosdelestado.com

THE PUNITIVE POWER OF GOVERNMENT TO IMPOSE SANCTIONS IN THE FIELD OF CONTRACT

Summary

The sanctioning authority of government is mainly characterized by would find under the principle of legality, in sense H. jurisprudence Constitutional Court has defined certain aspects such as the attribution or the procedural formalities required to impose a sanction. Therefore, this article aims to analyze from the jurisprudence and law 1474 of 2011 in accordance with Decree 222 of 1983, Law 80 of 1993, Law 1150 of 2007 and Decree 1510 of 2013 which is the reference standards regulating the power sanction administration in the contractual field for the imposition of fines, penalties and declarations of compliance in accordance with the principles of due process in punitive action of contractual performances, using a descriptive methodology, concluding with unviable resulting from the procedural aspect the role of holding the second hearing in this administrative proceeding, therefore, the starting point is based on a brief description of the scope and effects of the sanctioning authority in contractual actions, based on the analysis of its elements and then enter to describe the shortcomings that frame the procedure for imposing sanctions legally enshrined in Art.86 of the Law 1474 of 2011 (Anti-Corruption Statute)

Keywords:

Sanctioning powers, rule of law, punitive, criminal clausule, due process

LE POUVOIR DE SANCTION DU GOUVERNEMENT D'IMPOSER DES SANCTIONS DANS LE DOMAINE DE CONTRAT

Résumé

Le pouvoir de sanction du gouvernement est principalement caractérisé par trouverait en vertu du principe de la légalité, dans le sens H. jurisprudence de la Cour constitutionnelle a défini certains aspects tels que l'attribution ou les formalités procédurales nécessaires pour imposer une sanction. Par conséquent, cet article vise à analyser dans la jurisprudence et la loi 1474 de 2011, conformément au décret 222 de 1983, la loi 80 de 1993, la loi 1150 de 2007 et le décret 1510 de 2013, qui sont les normes de référence régissant le pouvoir l'administration de sanction dans le champ contractuel pour l'imposition d'amendes, pénalités et les déclarations de conformité en conformité avec les principes d'une procédure régulière dans une action punitive des performances contractuelles, en utilisant une méthodologie descriptive, concluant avec résultant non viable de l'aspect procédural le rôle de la tenue de la deuxième audience dans la présente procédure administrative, par conséquent, le point de départ est basé sur une brève description de la portée et les effets de l'autorité de sanctionner dans les actions contractuelles, basée sur l'analyse de ses éléments, puis entrez pour décrire les lacunes qui encadrent la procédure pour imposer des sanctions légalement inscrits dans Art.86 de la loi 1474 de 2011 (Statut lutte contre la corruption).

Mots-clés:

Pouvoirs de sanction, de la primauté du droit, punitive, la clause pénale, une procédure régulière.

INTRODUCCION

En vigencia del decreto 01 de 1984 la Administración Publica en uso de sus facultades ha ostentado el deber legal de adelantar el trámite para la imposición de multas sanciones y declaratorias de incumplimiento.

El consejo de Estado reconoce de forma expresa esta facultad, así, en sentencia del 22 de Octubre de 2012- expediente No. (20738) expuso;

> La potestad sancionadora es sólo 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. La potestad sancionadora en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo. (C de E. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Exp.20738)

Años atrás la Contratación Publica en Colombia se ha visto envuelta en diversos actos de corrupción que consecuentemente han generado un detrimento patrimonial en las diferentes entidades públicas de nuestra administración, el decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) actualmente fue derogado por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011 a partir del 2 de julio de 2012. Con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo en armonía con el artículo primero, las normas de este estatuto tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, el cumplimiento de los fines estatales y la observancia de los deberes del estado y de los particulares dentro de la administración pública a partir de las necesidades de sus administrados consolidándose como una ley garantista fundado en sus principios rectores.

El trámite sancionatorio de las actuaciones contractuales en nuestro ordenamiento jurídico surge como consecuencia de la falta de regulación y ausencia de mecanismos procedimentales óptimos a través de los cuales se cumplieran ciertos fines estatales. De allí que se requirió la formulación de una ley de naturaleza especial que vigilara el tema en concreto y que adicionalmente fortaleciera los mecanismos de prevención, es así; como surge la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) el cual señala el conjunto de normas orientadas a fortalecer los medios de

investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de gestión pública. En ese sentido podría afirmarse que esta ley surgió como respuesta al fenómeno continuo y desbordado de corrupción que se materializo en diferentes modalidades de ilegalidad en nuestro país.

En efecto, a partir del 86 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en concordancia con el decreto 222 de 1983, ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013, normas que respectivamente preceptúan los alcances y efectos de la potestad sancionadora de la administración, serán el punto de partida del presente trabajo, adicional a esto, resulta necesario abordar temas tales como; la noción de derecho administrativo sancionador, los derechos y deberes de las Entidades Estatales, los límites de las potestades otorgadas a la administración, las medidas tendientes a la reparación de los perjuicios (sanción administrativa), las garantías del debido proceso, el debido proceso en los procedimientos sancionatorios, las clausulas exorbitantes de la administración pública, los fines de la contratación y las garantías contractuales. entre otros que en el desarrollo del presente artículo se abordaran de acuerdo a sus alcances y efectos en relación con el tema principal de la investigación.

El derecho administrativo sancionador haya su fundamento legal en la constitución y las mismas normas que han sido promulgadas para la aprobación y regulación de los procedimientos de tipo sancionatorio, en efecto la jurisprudencia lo ha definido como un derecho en formación.

Al respecto el Consejo de Estado, define la noción de derecho administrativo sancionador, así en sentencia del 22 de octubre de 2012 expuso;

> El derecho administrativo sancionador es un derecho en formación, de forma tal que las construcciones del derecho penal resultan útiles cómo punto de partida, pero su trasposición no es horizontal se deben matizar y deben adaptar a la praxis administrativa y especialmente responder a los intereses que las organizaciones administrativas gestionan. En otros términos, principios como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propios del derecho público por lo que las elaboraciones que se utilizan del derecho penal deben ser relativizadas para responder a principios como la eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía, consagrados en el artículo 209 de la constitución. Por consiguiente, en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se

> cuenta para la consecución de las competencias asignadas, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones; sin dicha ponderación no es posible explicar en el ámbito administrativo la facultad de imponer un castigo.(C de E. Sent. 22 de Octubre de 2012. Exp. 20738)

Así, como el Consejo de Estado de manera amplia y concreta nos muestra un panorama amplio de cómo se debe de entender y asumir el concepto de derecho administrativo sancionatorio, ahora bien esta figura tal y como lo señala esta alta Corte, es uno de los instrumentos con el que cuenta la administración para la realización de sus fines.

Del derecho administrativo sancionatorio surge la Potestad Sancionadora de la Administración, y en ese sentido resulta necesario abordar su definición, para lo cual el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha señalado que;

> La potestad sancionadora es sólo 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. Se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad. (C de E. Sent. 22 de Noviembre de 2012. Exp.20738)

La potestad sancionadora de la administración, no solo se limita a un aspecto en concreto como lo es el contractual, inclusive dicha potestad aborda temas como el procedimiento sancionatorio ambiental, lo que da muestra que dicha potestad constituye aspecto fundamental en

el proceder de la administración que como ya se mencionó anteriormente tiene sustento en la consecución de los fines Estatales atendiendo a los intereses propiamente de sus administrados.

Desde el aspecto puramente administrativo, la potestad sancionatoria se implementó mediante la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) ley que regula el procedimiento sancionatorio previsto en su Artículo No. 47. la norma en comento establece el procedimiento sancionatorio para aquellos casos los cuales no estén regulados por leyes especiales o por la ley 734 de 2002(Código Disciplinario). Al respecto la ley anteriormente cita señala lo siguiente; "Frente a las actuaciones contractuales sancionatorias, estás ultimas se regirán por lo dispuesto en normas de carácter estrictamente especiales sobre la materia." (Ley 734,2002)

En ese sentido nos ocuparemos de lo dispuesto en las leyes especiales que regulan el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, esto es; ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, decreto 1510 de 2013, ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción), adicionalmente abordaremos un breve recuento realizado por el Consejo de Estado en cuento al origen de la Potestad Sancionatoria y de su necesidad de regulación de naturaleza especial.

El Consejo de Estado, en sentencia del 22 de Octubre de 2012, expuso de manera clara y expresa como hasta antes de la ley 1437 de 2011 no existía norma que regularan e hiciera referencia expresa de la Potestad Sancionatoria de la Administración pública.

Para ilustrar esta concepción de la potestad sancionadora de la administración, se cita la siguiente sentencia del Consejo de Estado;

> Hasta antes de la ley 1437 de 2011 no existía una norma general que sirviera para llenar las lagunas que se presentaban en las normas sectoriales, de hecho, el anterior código contencioso administrativo no constituía una herramienta adecuada para acometer una labor de sistematización si se tiene en cuenta que las garantías del debido proceso en su mayoría se enmarcaban en actuaciones en las que se debatía un derecho subjetivo como consecuencia del ejercicio del derecho de petición en interés particular. Es así como, las únicas normas que hacían una referencia directa a la potestad sancionatoria eran los artículos 36 y 38 del anterior Código contencioso administrativo, limitando dos aspectos de la potestad: el tiempo en el que podía

> ejercerse, señalando una prescripción de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho calificado como infracción administrativa y la aplicación del principio de proporcionalidad en el momento de imponer las sanciones. (C de E. Sent. 22 de Noviembre de 2012. Exp. 20738).

LA ADMINISTRACION

La administración es el elemento integrador de la actividad humana por medio de la cual se definen las pautas y lineamientos necesarios para logar la consolidación de los intereses básicos de la colectividad. Es a través de esta figura que han surgido grupos poblacionales e inclusive grandes sociedades en las que predominan criterios básicos de convivencia e interacción los cuales constituyen requisito esencial para ajustarse al orden social.

La administración en primera medida dependerá de los actores que actúan en representación de la sociedad en general y su correcto funcionamiento se encontrara sujeto al adecuado entendimiento y aceptación de todos y cada uno de sus administrados. En ese medida esta noción adquiere mayor relevancia vista desde el aspecto de la actividad Estatal;

> En sentido muy amplio puede entenderse por administración toda actividad humana planificada para alcanzar determinados objetivos. En sentido también muy amplio (pero limitado al sector publico), se entiende por administración la actividad total del Estado desplegada para alcanzar sus fines. (Giraldo, 1997)

En consecuencia, de la administración se caracterizan dos elementos fundamentales. El primero de ellos se refiere al quehacer humano. Es decir; el vivir de la sociedad humana encamina a la obtención de ciertos objetivos en concreto y por otra parte como segundo elemento integrador tenemos la materialización y/o obtención de resultados producto de la labor desplegada. Al respecto la figura de la administración delimitada en el sector público se caracteriza fundamentalmente por los siguientes aspectos;

> Mientras la Administración posee estabilidad, el Gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea por así imponerlo las reglas del propio sistema republicano (la periodicidad en el desempeño de cargos políticos constituye una de sus notas peculiares) como por las exigencias derivadas de la obtención de un

> consenso mínimo por parte de los gobernados, cuya falla suele quebrar la llamada legitimidad del poder (Cassagne, 2009)

Por otra parte y en cuanto a la finalidad en concreto de la Administración, el profesor Fernando Garrido Falla, en su obra Tratado de Derecho Administrativo refiere:

> Persigue fines que, si bien pertenecen al bien común, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de la obra que se encuentra en el seno de toda institución y en la medida en que es asumido como propio, la Administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse. (Garrido Falla, tratado de Derecho Administrativo, 1985)

EL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo es el conjunto de decisiones y/o manifestaciones de voluntad la administración a través de las cuales se busca la materialización de los cometidos estatales. Ahora bien, son los particulares quienes ostentan la calidad de colaboradores de la administración, es decir; que por medio de los denominados funcionarios públicos las entidades que hacen parte de la administración son la columna vertebral de la función administrativa. Al respecto de la noción de Acto Administrativo ciertos tratadistas coinciden en afirmar;

> En sentido amplio. Puede entenderse como acto administrativo cualquier actividad de la administración, bien sea en el campo material o en el jurídico. Sin embargo, la doctrina actual lo limita a la noción de acto jurídico, y por ello, no incluye los hechos materiales. (Giraldo, 1988)

En ese sentido, resulta claro entonces los efectos que producen el actuar de la administración, bien sea en un ámbito meramente sustancial y concreto o por otra parte adecuado a los postulados del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, previo a abordar los postulados del derecho administrativo desde el aspecto puramente sancionador e indicar cuales son los procedimientos con los que cuenta en la actualidad la administración para ejercer dicha potestad, resulta necesario señalar e identificar los alcances del acto administrativo, por cuanto es a través de este que la administración formaliza y deja en

firme sus decisiones y más aun tratándose de un facultad sancionadora que consecuentemente produce efectos inter-partes.

Dicho lo anterior, el Dr. Oscar Aníbal Giraldo Castaño, Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, en su obra titulada Derecho Administrativo Sancionador expone en forma clara la postura de varios doctrinantes expertos en la materia. En efecto se trae a colación algunas posturas al respecto;

- *Guido Zanobini* "acto administrativo es cualquier manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizadas por un sujeto de la administración publica en ejercicio de una potestad administrativa".
- *El español Recaredo Fernández de Velasco y Calvo*, "afirma que acto administrativo es toda declaración de voluntad unilateral u ejecutoria de la administración publica, destinada a crear, modificar, extinguir o condicionar una situación jurídica concreta.
- *Carlos García Oviedo*, define el acto administrativo como "una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminada a producir, por vía de autoridad, un efecto de Derecho para la satisfacción de un interés administrativo".
- *Marcel Waline*, expresa que acto administrativo es el acto jurídico unilateral de un administrador calificado como tal, susceptible por sí mismo de producir efectos jurídicos. (Giraldo, 1988)

Una vez descritos los postulados e identificados los elementos de cada uno de los conceptos, es claro entonces el afirmar que toda actividad de la administración desencadena unas consecuencias, las cuales; evidentemente son atribuibles a los actores de la administración, bien sea quienes actúan como colaboradores de esta, o por otra parte los particulares que detenta el interés general. Ahora bien, surge una pregunta en cuento a la naturaleza de los actos administrativos proferidos por entidades de naturaleza especial. ¿Resulta acertado afirmar que las entidades de naturaleza especial ostentan la facultad de expedir actos administrativos los cuales consecuentemente producen efectos legales? En esa medida, el profesor Gustavo Penagos, profesor de Derecho Administrativo nos ilustra el tema en los siguientes términos;

> La evolución del derecho Administrativo Colombiano, ha originado nuevas formas de presentarse las personas jurídicas de derecho publico, que no obstante: a) personería jurídica, b) patrimonio propio, c) creación legal, e) fines administrativos; no se las comidera como entidades descentralizadas, ya que el legislador por motivos especiales, no ha querido que se rijan por normas de la tipología tradicional de los entes descentralizados. (Penagos, el acto administrativo, 1987).

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, PROCEDIMIENTOS PURAMENTE ADMNISTRATIVOS

Es menester señalar que al abordar la noción de derecho administrativo sancionador estamos inmersos en las garantías de preservación y restauración del ordenamiento jurídico, la administración en el pleno ejercicio de sus funciones a través de sus delegados mediante la imposición de una sanción, ejerce un control interno y ejercita su autonomía administrativa.

Frente a este punto en sentencia C-818 de 05 la Corte Constitucional expuso; “Se trata, en esencia de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aun a las mismas autoridades públicas.” (C-818/05)

Al respecto, no hay que perder de vista esta posición de la Corte Constitucional, en cuanto a que se infiere que las sanciones administrativas no solo son impuestas a los administrados, estas operan igualmente en contra de las mismas entidades públicas, en ese sentido se evidencia que la potestad de la administración recae no solo sobre los actores que participan en la administración, adicionalmente versa sobre las entidades que hacen parte de la ordenamiento territorial.

En concordancia con lo anterior, se debe partir de la premisa que el derecho administrativo de índole sancionador parte de la esencia de un procedimiento que se adhiere a los presupuestos de la administración;

> Consisten en la serie escalonada de actuaciones encaminadas a preparar la decisión final, mediante la cual se ha de conceder el derecho al particular, o se le ha de imponer una carga; por ejemplo: si se trata del tramite para pensión de jubilación, se

> le concederá un derecho, y si del tramite para la aplicación de una multa, se le impondrá una carga. (Giraldo, Derecho Administrativo General, 1997)

POTESTAD SANCIONADORA CONTRACTUAL

La potestad sancionadora de la administración en términos generales se traduce en una sanción correctiva y disciplinaria.

La posición de la Corte Constitucional en sentencia C-214/94 preceptuó:

> La potestad administrativa sancionadora de la administración, se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativa. (C-214/94)

Ahora bien, y de acuerdo al contenido del presente artículo nos ocuparemos más exactamente de la potestad sancionadora en el ámbito contractual, facultad que encuentra sometida al principio de legalidad y que su procedimiento se encuentra regulado en la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

Desde el aspecto procedimental es decir; cuando estamos frente a la aplicación de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) tal y como se expuso anteriormente el Art. 47 establece el procedimiento administrativo sancionatorio, norma que es aplicable siempre y cuando no exista regulación de naturaleza especial. En la segunda parte de la norma de la referencia se señalan los medios de control los cuales constituyen los mecanismos procesales para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, en sentencia del 13 de noviembre de 2008 el Consejo de Estado señalo la finalidad de la potestad sancionadora de la administración tomando como fundamento el concepto esbozado por la Corte Constitucional señalando que:

> Constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto atribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el

> acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente la realización de sus cometidos". (C de E. Sent. 13 de Noviembre de 2008. Exp. 17009)

De la jurisprudencia trascrita se concluye con tres elementos integradores de la noción de potestad sancionadora; la primera de ellas, es el mecanismo de autoprotección de la administración con el que cuenta para la materialización de sus cometidos, en segundo lugar de la definición se destaca el elemento concerniente a la competencia, la cual para su debido cumplimiento las entidades públicas se encuentran facultadas para imponer medidas disuasorias y correctivas a sus administrados (particulares – colaboradores de la administración) por último, tenemos el uso de los medios punitivos, que pueden definirse en los instrumentos de la administración por medio de los cuales se hacen efectivos sus cometidos.

LIMITES DE LAS POTESTADES OTORGADAS A LA ADMINISTRACION

Debido a que toda potestad de la administración debe estar limitada, esto para garantizar que su ejercicio no sea arbitrario, se caracteriza el factor de carácter temporal de la administración para ejercer dicha potestad y en consecuencia ostentar la facultad para imponer sanciones.

En este contexto resulta necesario hacer un análisis de lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 2012 en la que señalo:

> Las potestades otorgadas a la administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario, se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la perdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. (C de E. Sent. 22 de Noviembre de 2012.Exp. 20738)

De conformidad con lo preceptuado en la jurisprudencia transcrita, los límites de la potestad sancionadora de la administración resultan procedentes y adecuados al ordenamiento jurídico toda vez que dicha potestad se encuentra sometida al principio de legalidad en diferentes aspectos entre los cuales se destacan fundamentalmente en primer lugar; su atribución, el aspecto temporal y las formalidades procedimentales debidamente reconocidas y exigidas para imponer una sanción. Es

decir, que de no establecer unos parámetros de aplicación, dicha facultad resultaría contraria a lo dispuesto en la Constitución Política.

MEDIDAS TENDIENTES A LA REPARACION DE PERJUCIOS

El decreto 222 de 1993 en su artículo 72 regulaba expresamente la figura jurídica de la cláusula penal, de acuerdo con esta disposición legal era una obligación estipularse la cláusula penal pecuniaria y su exigibilidad podía configurarse en los casos de declararse el incumplimiento del objeto contractual o en términos gravosos la declaratoria de caducidad.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia del 22 de octubre de 2012 preceptuó lo siguiente:

> De la norma trascrita se destacan tres aspectos: 1. La ley imponía de forma obligatoria a las entidades estatales el pactar la cláusula penal pecuniaria, salvo en el caso del contrato de empréstito; 2. Se reconoce a la autoridad la capacidad de hacerla efectiva directamente, y; 3. Su imposición no podía hacerse sin que se adelantara un procedimiento administrativo en el que se asegurara la aplicación del principio de proporcionalidad. (T-025/2004)

La legislación vigente sostiene que ahora No resulta obligatorio pactar la cláusula penal, contrario a esto, dependerá de la voluntad de cada una de las partes determinar si la pactan o no. La ley 1150 de 2007 en su artículo 17 de que trata el derecho al debido proceso, establece dicho derecho como principio rector en materia sancionatoria dentro de las actuaciones contractuales. La referida norma reconoce la potestad de las Entidades Estatales para adelantar el tramite concerniente a la imposición de sanciones que hayan sido pactas previa suscripción por las partes. Adicionalmente hace referencia al procedimiento administrativo sancionatorio el cual deberá adelantarse ceñido al reconocimiento expreso de las garantías constitucionales el derecho de defensa y contradicción que le asiste al contratista. Al igual que lo dispuesto en el decreto 222 de 1993 la cláusula penal se hará efectiva directamente por la entidades estatales.

Ahora bien, en cuanto a las multas tenemos que estas tienen implícita una finalidad eminentemente conminatoria, es decir que a través de estas se busca apremiar al contratista al

cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto contratado. De la multa surge una obligación puramente económica.

De conformidad con lo dispuesto en el decreto 222 de 1993 en cuanto a las multas, sostuvo que de conformidad con el factor temporal, la imposición de las mismas podía realizarse únicamente dentro de la vigencia contractual. En consecuencia vencido el plazo contractual la potestad sancionadora de la administración desaparecía.

La legislación vigente, esto es ley 1150 de 2007 regulo expresamente el tema; así, lo expuso el Consejo de Estado del 24 de octubre de 2013:

> La competencia sancionadora se conserva (mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedo limitado que se haga solo durante el plazo" del contrato dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato. (C de E. Sent. 24 de Octubre de 2013. Exp. 24697)

Así entonces, la potestad sancionadora de la administración no solo se halla sometida al principio de legalidad, su aplicación y efectividad podrá invocarse en cualquiera de las etapas contractuales dependiendo del régimen jurídico del contrato en particular.

LOS FINES DE LA CONTRATACION

Evidentemente son aquellos que surgen como consecuencia de los fines esenciales del Estado definidos en la Constitución Política. Al respecto el artículo de la norma en comento señala como fines del estado entre otros: garantizar la efectividad de los principios, la participación de todos en aspectos políticos y administrativos, promover la prosperidad general, servir a la comunidad Etc. La ley 80 de 1993 establece que la contratación estatal tendrá como fundamento la continua y eficiente prestación de servicios públicos, es por esta razón que la contratación que efectué la administración deberá ser consecuente con las necesidades de sus administrados en armonía con el interés general. Las Entidades públicas no pueden contratar sin existir una situación en concreto que requiera su atención por parte del Estado, es decir; que para la celebración de contratos las Entidades Públicas deberán tener en cuenta que la contratación cumple una función propiamente social y que de esta dependerá el bienestar y calidad de vida de sus administrados.

En esa medida, los administrados (particulares) forman parte esencial de la contratación y es por esta razón que su participación debe ser reconocida en el ámbito contractual de la administración pública;

> Para el cumplimiento de las funciones que le son propias el Estado actúa en forma unilateral, mediante actos administrativos. Sin embrago, en muchas ocasiones necesita recurrir a la participación o concurso de los particulares, quienes se vinculan mediante contrato. Se exceptúan los servicios públicos primarios o básicos, como son los de justicia, seguridad exterior y policía interior, con relación a los cuales no se admite la contratación, por sus implicaciones políticas. (Giraldo, 1997)

Por otra parte, la Contratación Estatal está integrada por ciertos principios rectores que direccionan y encaminan la finalidad contractual. Los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad son algunos de los más influyentes y que por su naturaleza jurídica cobran mayor valor en las actuaciones contractuales, de la aplicación de cada uno de ellos dependerá la viabilidad del objeto a contratar. El principio de transparencia en términos generales puede afirmarse que se refiere a la moralidad administrativa y que de este dependerá el correcto funcionamiento de la administración, en términos de la contratación se trata de un proceso de selección objetivo garante de los derechos de igualdad, participación y en efecto un debido control sobre la moralidad administrativa. El principio de Economía por su parte tiene como finalidad generar una mayor agilidad en el trámite contractual lo que constituiría economía procesal por sustracción de la materia. Por último, tenemos el principio de responsabilidad el cual resulta complementario con el de trasparencia por buscar una misma finalidad, la cual consiste en garantizar la moralidad administrativa.

Es a través de las Entidades Publicas que la administración ejerce control y regulación de las actividades propias de su gestión, en el ámbito contractual el Estatuto General de la Contratación define cuales son las entidades estatales y en ese sentido reconoce sus atribuciones especiales enmarcadas en la ley 80 de 1993 y en la misma Constitución Política. En efecto el sociólogo Diego Younes Moreno, en su obra titulada Curso de Derecho Administrativo señala;

> La ley 80 de 1993 designa como contratos estatales todos los contratos que celebre la administración, y todos se encuentran regidos por el interés general y por el cuidado

de los recursos públicos, así como por el principio de la autonomía de la voluntad. (Younes, 2014)

En ese sentido, es clara la finalidad de la Contratación Estatal, la cual finalmente versara sobre el interés general y concreto, atendiendo de esta manera a las necesidades básicas de la colectividad que pueden surgir como consecuencia del desarrollo y crecimiento de las sociedades.

ACTO DE LIQUIDACION DEL CONTRATO

La liquidación de un contrato estatal es considerada como el ajuste formal de una cuenta, y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo de un contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada una de ellas. Por ende, es un acto que aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.

En tal sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 26 de mayo de 2010 señaló;

> La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo establece la Ley 80 de 1993), la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer (i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. (C de E. Sent. 26 de Mayo de 2010)

De conformidad con lo anterior, encontramos que el contrato estatal se encuentra vigente hasta el momento de su liquidación, toda vez que con la misma se pone término a la vinculación de las partes, y por consiguiente, una vez se encuentra liquidado el contrato, el mismo se extingue.

Ahora bien, la facultad que tiene la Administración en relación con la posibilidad de poder declarar el incumplimiento de un contrato y por ende, poder hacer efectiva la cláusula penal, la

posee hasta el periodo de liquidación del contrato, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en varios pronunciamientos, tales como la sentencia del 18 de marzo de 2004 con radicado 15938 y ponencia del mismo Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, donde señaló;

> […] También fue motivo de precisión jurisprudencial la competencia "ratione temporis" para el ejercicio de los poderes excepcionales o exorbitantes que posee la entidad estatal para el control y dirección del contrato, al señalar que la administración puede declarar el incumplimiento del contratista luego de que hubiera vencido el plazo contractual, como medida orientada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando aquél no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo y podía ejercitar otros de sus poderes sancionatorios hasta tanto el contrato no se hubiera liquidado, en razón de que la liquidación está comprendida dentro de la vigencia del contrato […] (C de E. Sent. 18 de Marzo de 2004. Exp. 15938)

De lo anterior se deduce que la Administración pierde competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pactada en un contrato una vez que el mismo ha sido liquidado. En consecuencia, la administración pierde la facultad sancionadora esto debido a los límites de las facultades otorgadas.

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso ha sido definido como el principio fundamental, fuente de garantías constitucionales de las cuales dependerá que las actuaciones que se adelanten en debida forma atendido a los preceptos legales que rigen el ordenamiento jurídico. La constitución política en su artículo 29 desarrollo este derecho preceptuando que el ejercicio y reconocimiento del mismo deberá aplicarse en todas y cada una de las actuaciones judiciales y administrativas, así mismo este derecho lleva implícito el principio de la presunción de inocencia.

Al respecto y según lo estatuido legalmente en el artículo 29 de la Constitución Política indica que; "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistente del acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". (C. P. de Colombia, Art. 29)

En esa medida el legislador no solo estableció una serie de garantías constitucionales a la hora de adoptar decisiones para ciertas actuaciones, como ya se mencionó antes judiciales o administrativas, sino que; adicional a esto reconoció de manera explícita la presunción de inocencia de que gozan las personas.

En materia sancionatoria de las actuaciones contractuales el debido proceso es principio rector en dichos procedimientos. La ley 1150 de 2007 en su artículo 17 incorporo este principio en aquellos procedimientos que tienen como finalidad la imposición de multas y la cláusula penal. La Corte Constitucional ha definido por una parte el aspecto estrictamente constitucional del debido proceso y por otra ha hecho mención de la noción de debido proceso administrativo. En consecuencia podríamos preguntarnos si al respecto, ¿existen diferencias entre ellos? o si por el contrario ¿son dos conceptos que comparten elementos integradores?

Responder a estas dos cuestionamientos necesariamente nos conlleva a referirnos a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los siguientes términos: en primer lugar, el debido proceso constitucional, Corte Constitucional ha señalado que; La jurisprudencia constitucional lo ha definido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo en curso en una actuación judicial o administrativa. (T-2.897.231)

Es decir, que la jurisprudencia parte de lo dispuesto en la constitución política y amplia el concepto refiriéndose a un conjunto de garantías en particular a través de las cuales se busca la debida y correcta aplicación de la justicia.

Por otra parte tenemos el concepto de debido proceso administrativo el cual mediante sentencia T-957 del 2011 La Corte Constitucional expuso lo siguiente; “Conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa.” (T-2.897.231)

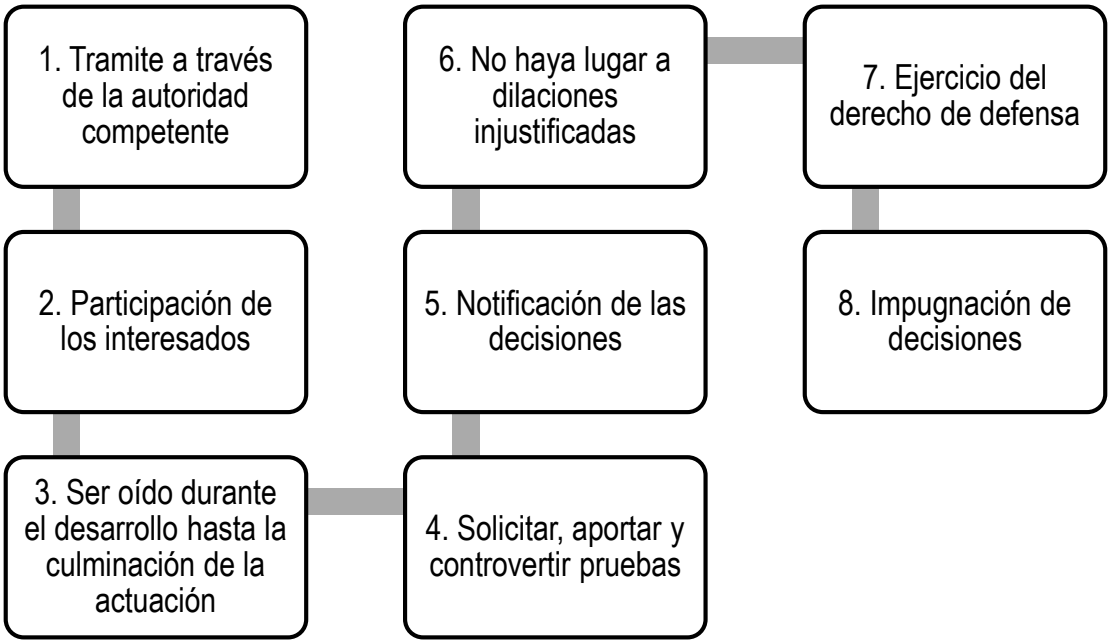
En ese sentido, la autoridad administrativa se encuentra sometida al imperio de la ley y que de su cumplimiento dependerá la validez de sus propias actuaciones recociendo así, expresamente el derecho la seguridad jurídica y la integridad expresa de la norma.

Visto así, el debido proceso no hay que perder de vistas las garantías constitucionales endilgadas en su ámbito de aplicación las cuales sin limitarnos únicamente a los pronunciamientos

de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha identificado ciertas garantías que se vinculan al debido proceso administrativo.

Estas garantías definen los aspectos procedimentales de las actuaciones administrativas de naturaleza contractual. La inaplicabilidad de una de estas acarrea de forma inmediata un vicio de fondo en la actuación y como consecuencia de esta declaratoria el procedimiento es nulo en su forma lo que consecuentemente desencadena que la actuación administrativa no produzca efecto alguno a las partes intervinientes.

Grafica 1. Garantías en los procedimientos administrativos



Fuente: Elaboración propia.

LAS GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO

Tal y como se expuso en el título del debido proceso administrativo, todo procedimiento debe adelantarse con fundamento en norma expresa y en aplicación a las garantías del derecho de debido proceso. Hablamos de un trámite precedido por la autoridad competente. Al respecto, *(i)* el factor de competencia en las actuaciones administrativas dependerá de su atribución, tal y como lo establece el principio de legalidad. De otra parte tenemos *(ii)* la participación de todos y cada uno de los interesados, en este punto evidentemente por tratarse de actuaciones que involucran intereses de las partes, resulta conducente y necesario reconocer la autonomía de participación y

contribución de los administrados en la toma de decisiones por parte de la administración. En materia sancionatoria de las actuaciones contractuales serán partes en el procedimiento la entidad pública y el contratista y/o colaborador de la administración quien consecuentemente es el responsable del debido cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la relación contractual (objeto-contractual) independiente de la naturaleza jurídica del objeto contratado. *(iii)* otra de las garantías a las cuales hace mención la jurisprudencia en comento está ligada con la participación de las partes, se trata de ser oído en el desarrollo de la actuación, el ser oído en el tramite sancionatorio de las actuaciones contractuales que nos ocupa se ve plasmado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 literal b) de que trata el derecho de defensa y contradicción que le asiste a las partes intervinientes en la actuación administrativa. Al respecto la norma de la referencia la abordaremos con mayor profundidad en la parte de las conclusiones del presente artículo, (iv) con la entrada en vigencia del estatuto de corrupción (ley 1474 de 2011) la regulación concerniente al procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. una de sus grandes finalidades consiste principalmente en evitar dilataciones injustificadas que entorpezcan la actuación, tan así es que con esta ley se estableció el procedimiento sancionatorio en una única audiencia con la salvedad que la misma pude ser suspendía en dos escenarios, el primero de ellos cuando se requiera la práctica de pruebas que resulten conducentes, pertinentes y necesarias previo a la adopción de una decisión de fondo por parte de la administración, por otra parte podrá ser suspendida la diligencia siempre y cuando exista razón debidamente sustentada, a fin de garantizar el correcto desarrollo de la actuación. *(v)* como en cualquier actuación de la administración, de las decisiones que adopte deberá corrérsele traslado a las partes interesadas, esto con el fin de que puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción, la notificación de las decisiones podrá efectuarse de diferentes formas, entre ellas se destacan; la notificación en estrados, a través de citación de notificación personal y como una novedad incorporada con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) se implementó la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

Al respecto, para efectos de notificación el artículo 56 de la disposición legal en comento señala lo siguiente:

ARTICULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

La notificación quedara surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. (Ley 1437/ 2011)

(vi) los medios probatorios constituyen los elementos base sobre los cuales versara la actuación administrativa, por lo tanto las partes podrán solicitar y aportar pruebas que para la actuación resulten conducentes y pertinentes. En este punto se presentan dos variables respecto de la naturaleza de la ley que se pretende invocar y que resulta aplicable para el caso en concreto. Por una parte tenemos la ley 1437 de 2011 Código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo la cual en su artículo 40 establece el acápite de los medios probatorios.

Al respecto, la norma en comento señala que;

ARTICULO 40. PRUEBAS. Durante toda la actuación administrativa y antes de que se profiera la decisión de fondo se podrá aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contara con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. (ley 1437 / 2011)

Es decir, que la norma trascrita de forma expresa reconoce la oportunidad procesal de los interesados de aportar las pruebas en cualquier momento de la actuación administrativa sin limitar este derecho hasta antes de que se profiera decisión de fondo. Por otra parte el artículo 86 del estatuto anticorrupción en cuanto los medios probatorios únicamente se limita a abordarlos para los casos en que la práctica de pruebas requiera la suspensión de la audiencia, es decir que su regulación resulta ambigua y en ese sentido es la entidad la que asume la potestad de establecer la etapa procedimental para allegarlas y practicarlas, esto resulta evidentemente contrario a lo que establece el artículo 40 del CPACA, en el sentido de limitar la oportunidad procesal de aportar pruebas en todo el desarrollo de la actuación. *(vii)* el ejercicio del derecho de defensa y contradicción que les asiste a las partes se haya plenamente reconocido en las actuaciones

sancionatorias de ámbito contractual por tratarse de un procedimiento que encuentra su sustento legal en normas de carácter y regulación especial como lo son a manera de ejemplo la ley 1150 de 2007, decreto 1510 de 3013, decreto 222 de 1983. *(viii)* el uso de los recursos definidos en la ley constituyen la materialización del derecho de seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico. El CPACA define la oportunidad y presentación de los mismos en su artículo 76, la norma en comento hace referencia al recurso de reposición y apelación los cuales tendrá un tiempo procesal para su interposición dentro del término de 10 días siguientes a la diligencia de notificación personal, en lo referente al procedimiento sancionatorio para la imposición de multas y sanciones únicamente procede recurso de reposición el cual se deberá interponer y sustentar en la misma audiencia. En ese sentido el profesor Allam R. Brewer- Carias, en su obra Principios del Procedimiento Administrativo, sostiene lo siguiente;

> En España y América Latina, en general, se exige como condición de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos, el agotamiento de la vía administrativa, lo que en muchos casos exige, precisamente, el ejercicio previo de recursos administrativos. (Brewer, 1990)

En efecto, hasta hace poco tiempo en el caso de Colombia para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, resultaba necesario agotar la llamada Vía Gubernativa, en uno de los reciente pronunciamientos del H. Consejo de Estado se reformulo esta figura procesal a efectos de inyectar impulso a las actuaciones procesales, para lo cual se cambió a la noción de Actuaciones Administrativas correspondientes al agotamiento de los recursos previstos en la ley.

LA COMPETENCIA

Para adelantar los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación deberán ostentar la competencia, esto debido a que ciertas entidades que hacen parte del sector público y que les son aplicables ciertas disposiciones del Estatuto General de la Contratación (ley 80 de 1993) por su naturaleza jurídica, su régimen de contratación se encuentra sometido a las normas del derecho privado ,esto es; normas del derecho civil y comercial. Lo que quiere decir que no les he atribuible esta potestad.

La competencia es el elemento fundante del acto administrativo. Bajo el precepto consagrado en el Artículo 6 de la Constitución Nacional, los actos que expida la administración tienen que estar precedidos por una facultad que habilita al servidor público para actuar.

Cuando el acto administrativo es expedido por una Entidad o un Funcionario que no estaba investido de competencia para proferir una decisión, la jurisprudencia afirma que el acto adolece de nulidad por falta de competencia.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente;

> La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal).”(C de E. Sent. 19 de junio de 2008. Exp. 0316-05)

Es por ello que en este ámbito la Administración debe respetar dos principios fundamentales: sólo puede aplicar las sanciones que estén previamente previstas en la ley, y bajo el procedimiento que con anterioridad haya habilitado la norma jurídica.

En esa medida, no pueden crearse procedimientos a través de actos administrativos y mucho menos aplicar procedimientos o ejercer facultades administrativas en hipótesis no previstas en la ley.

ARTICULO 86 LEY 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)

Procedencia del trámite para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento su régimen especial, alcances, efectos y sus falencias procedimentales.

El artículo 86 de la ley 1474 de 2011 es la norma que regula expresamente el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, según lo estatuido legalmente en este artículo las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación tendrán

la facultad para adelantar el tramite sancionatorio con el fin de lograr la consecución de los fines estatales.

Este procedimiento sancionatorio de las actuaciones contractuales se caracteriza fundamentalmente por tratarse de un gran aporte a la administración consolidándose como un procedimiento sumario por el medio del cual se busca una mayor agilidad y eficacia en el tramite sancionatorio, respectado las garantías constitucionales de las partes y reconociéndoles el derecho de defensa y contradicción a cada una de los intervinientes en todo el desarrollo de la actuación, este procedimiento se define en una guía práctica que establece y determina las lineamientos y aspectos puramente procedimentales los cuales las entidades estatales deben de aplicar en todo momento para declarar un incumplimiento contractual y en consecuencia ejercer la potestad sancionadora de la cual gozan de titularidad.

Al respecto según lo estatuido legalmente en el artículo 86 dispone lo siguiente;

ARTICULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Publica podrán declara el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas den el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal caso observaran el siguiente procedimiento:

A) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citara a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación ara 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 enunciara las normas o clausulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse al contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora de la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y 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.

B) En el desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentara las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciara las posibles normas o clausula 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 podrán rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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 solo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentara y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

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, ellos 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 señalara la 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. (Ley 1474, 2011)

De conformidad con lo estatuido en la norma trascrita, el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento debe de ceñirse a cada una de las etapas procedimentales descritas anteriormente, atendiendo al debido proceso de las partes para el correcto desarrollo de la actuación, en ese sentido y para efectos de la presente investigación nos ocuparemos de analizar cada uno de los supuesto de la norma indicada concluyendo con la procedencia del papel de doble instancia (Juez Administrativo-Parte) que ostentan las Entidades en el procedimiento sancionatorio.

En primer lugar, para entender un poco más el procedimiento sancionatorio en materia contractual resultaba necesario abordar los temas esbozados en la primera parte del presente artículo, el contrato estatal, la potestad sancionadora, el debido proceso administrativo, las medidas tendientes a la reparación de perjuicios, las garantías contractuales, el principio de legalidad, la competencia sancionadora ETC., son temas que evidentemente son determinantes a la hora de declarar un incumplimiento contractual. Esto último, se debe a que el desconocimiento de uno de estos elementos dentro del trámite sancionatorio, daría lugar a la violación de a lo dispuesto en el artículo 29 de la C.P. de qué trata el debido proceso. Por la falta de observancia en el procedimiento. Al respecto, la norma en comento dispone lo siguiente;

> **ARTÍCULO 29**.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
>
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (C. P. de Colombia, Art. 29)

De lo anterior, como puede observarse, el postulado del debido proceso es aplicable en las actuaciones judiciales como a las administrativas, y dentro de sus garantías comprende la del derecho de defensa, la del debido proceso público, la de presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen dentro de la actuación.

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de debido proceso en las actuaciones de carácter sancionatorio, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha materializado la necesidad de agotar las formas y actuaciones, buscando siempre la garantía de la defensa de aquellos que se ven afectados con las decisiones que adopta la administración.

Por consiguiente, es necesario que la Administración, previo al ejercicio de la potestad punitiva para la imposición de una sanción al interior de una actuación administrativa, debe conceder a los futuros afectados con la decisión, la oportunidad de que expresen sus puntos de vista y ejerzan su derecho de defensa, con el fin de garantizar el debido proceso. Igualmente, es necesario que la Administración, luego de escuchados los descargos de las partes, se pronuncie sobre los mismos en el Acto Administrativo mediante el cual tome una decisión.

Adicional a esto, en materia contractual con la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 se señaló como principio fundamental el derecho de defensa y contradicción de

las partes a tal punto que se plasmó la exigencia de adelantar un procedimiento en el que se garantice real y efectivamente los derechos de defensa y contradicción que les asiste a las partes.

Sobre ese presupuesto, en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 señala lo siguiente:

> **ARTICULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**. El debido proceso será un principio rector en materia sancionadora de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponden a las entidades sometidas al Estatuto General de la 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. […] (Ley 1150 de 2007)

En efecto, la norma trascrita es clara en establecer el deber legal de las entidades públicas previo a la imposición de una sanción. Velar por las garantías de las partes interesadas.

En cuanto a la potestad sancionadora de la administración y teniendo en cuenta los aspectos procedimentales definidos en el artículo 86 de la ley 1474 resulta pertinente afirmar que el papel de doble instancia que ostenta la administración (juez administrativo-parte) es una figura que se encuentra sometida al principio de legalidad, tal y como se ha hecho mención. El tramite sancionatorio cuenta con una regulación especial que define cada una de las etapas. Así mismo reconoce de manera expresa el derecho de defensa y contradicción de los interesados y en consecuencia este es un procedimiento que evidentemente resulta garantista.

Si bien es cierto que la potestad sancionadora de la administración goza de ciertos atributos y facultades. Contrario a esto, esta situación no significa que las diversas entidades estatales tengan autorización expresa para imponer sanciones sin cumplir con los límites y condiciones que la Constitución y la Ley ha impuesto, y de este modo ejerzan de forma arbitraria dicha potestad. En sentido contrario, dicho poder del cual goza la Administración al momento de aplicar las sanciones, deberá estar enmarcado no sólo en las disposiciones ya establecidas, sino además, en los criterios de adecuación y graduación, respondiendo con ello a aquellos valores como la equidad, la justicia y la buena fe, que debe propender por una sanción proporcional a los hechos ocurridos.

Como vemos, la Administración, en el ejercicio de su poder sancionatorio habrá de adoptar decisiones proporcionales, que se ajusten a los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con los criterios de Justicia y Equidad.

En esa medida, el Artículo 1596 del Código Civil, hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente manera;

> **ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL.** Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. (Ley 57, 1887)

En consecuencia las sanciones impuestas por la declaratoria de incumplimiento del objeto contratado deben ser proporcionales a los hechos que soportan el presunto incumplimiento. Dado lo anterior, la inobservancia de la administración en la proporcionalidad de la sanción resulta una actuación evidentemente violatoria y contraria al ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

El procedimiento sancionatorio plasmado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, como ya se ha mencionado, ha sido un gran aporte a los procesos sancionatorios contractuales teniendo en cuenta que con su regulación y carácter vinculante, las entidades públicas a través de esta norma pueden lograr la efectividad de los cometidos estatales por medio de la exigibilidad del cumplimiento del objeto contratado. Adicionalmente esta regulación se constituye como una herramienta efectiva en la lucha contra los actos de corrupción, teniendo en cuenta que la imposición de multas, sanciones y las declaratorias de incumplimiento conllevan a un registro negativo de quien incumple el contrato en el sistema electrónico de contratación pública (SECOP) y una anotación negativa en cámara y comercio lo que en los procesos licitatorios resulta de gran ayuda para las entidades estatales en cuanto, estas pueden conocer los antecedentes de los oferentes y verificar el comportamiento contractual de los contratistas interesados en suscribir contratos de orden Estatal. Por otra parte, el papel de doble instancia que ostenta la administración (juez administrativo- parte en el procedimiento) es un hecho conducente y supremamente pertinente por cuanto es la entidad a través de sus delegados quien no solo convoca al acto. Sino que adicional a esto, es la garante de los derechos de los intervinientes y en consecuencia el procedimiento administrativo sancionatorio estará sujeto al principio de legalidad en concordancia con el principio de debido proceso y el de la moralidad administrativa.

REFERENCIAS

I. Bibliográficas

Aguilar Correa, F. (1993). *Potestad sancionadora de la administración nuevo reglamento para su ejercicio.* Sevilla: MAD.

Aguado cudola, V. (1994). *La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador.* Madrid: Civitas.

Álvarez Rojas, F. (2011). *La ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficacia y trasparencia en la contratación estatal?* Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.

Berrocal Guerrero, L. (2014). *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina.* Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional.

Barrera Restrepo, E. (1988). *Las elites administrativas de Colombia*. Bogotá.: ESAP.

Betancur Jaramillo, C. (1994). *Derecho Procesal Administrativo*, 4ª edición. Medellín.: Señal editora.

Cassagne, J. (1977). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Castro Cuenca, C. (2010). *La contratación estatal teoría general: perspectiva comparada y regulación internacional.* Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.

Domínguez Vila, A. (1997). *Constitución y derecho sancionador administrativo.* Madrid: Marcial Pons.

Franco Arango, J. (2013). *Derecho administrativo- Estructura de la Administración Publica.* Biblioteca Jurídica Dike.

Foerster Gerhard. A. (1991). *La sanción administrativa y el derecho penal administrativo.* Bogotá D.C.: Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas.

Giraldo castaño, O. (1997). *Derecho Administrativo General.* Ediciones Abogados Librería, séptima Edición.

Gallego Anabitarte, A. (2001). *Acto y procedimiento administrativo.* Madrid: Marcial pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Garberi Llobregat, J. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador comentarios al titulo IX de la ley 30/1992 ("de la Potestad Sancionadora").* Valencia: Tirant lo Blanch.

García Alviar, H. (2009). *Manual de Derecho Administrativo.* Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Grisales, S. (2013). *La Autorregulación en el Derecho Administrativo.* Bogotá D.C.: librería jurídica Sánchez R. Ltda.

Galvis Gaitán, F. (2014). .*Manuel de Administración Pública.* Bucaramanga Colombia.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Ivanega, M. (2008). *Elementos de Derecho administrativo.* Bogotá D.C.: Universidad del Externado.

Jiménez Jiménez, D. (2008). *La culpa en el derecho sancionador estudio aplicado al derecho financiero colombiano.* Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.

Muñoz Medina, M. (1993). *La potestad sancionadora de la administración en materia de trafico infracciones y sanciones.* Madrid: Boletín Oficial del Estado

Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratación de la administración publica reforma de la ley 80 de 1993.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Osaa Arbeláez, J. (2000). *Derecho administrativo sancionador hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía.* Bogotá D.C.: Legis.

Osaa Arbeláez, J. (2009). *Derecho administrativo sancionador una aproximación dogmática.* Bogotá D.C.: Legis.

Peirano Facio, J. (1982). *La clausula penal.* Bogotá D.C.: Temis.

Riasco Gómez, L. (2001). *El acto y el procedimiento administrativo en el derecho colombiano.* San Juan de Pasto, Colombia: impresos la Castellana.

Rodríguez, L. (2007). *Derecho Administrativo-General y colombiano.* Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Romero Bulla, J. (2011). *Estatuto Anticorrupción, ley 1474 de 2011 – Comentado,* Ediciones Nueva Jurídica.

Reyes Yunis, L. (2007). *Ley de contratación administrativa reforma a la contratación estatal.* Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.

Sánchez Torres, C. (1998). *Acto administrativo teoría general.* Santafé de Bogotá D.C.: Legis

Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Subirats Humet, J. (2012). *Análisis y gestión de políticas públicas.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica.

Trayter Jiménez, J. (1995). *Derecho administrativo sancionador materiales* .Barcelona: Cedecs.

Vidal Perdomo, J. (1985). *Derecho Administrativo*. Editorial Temis

Vivero Arciniegas, F. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal.* Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.

Younes moreno, D. (2014). *Curso de derecho administrativo.* Bogotá D.C.: Editorial Temis.

II. Normativas

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2011.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 2011.

Constitución Política [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica.1993.

III. Jurisprudenciales

Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 2.897.231 (M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 818 de 2005 (M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL).

Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sentencia 25 de Mayo de 2006 (M.P. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO).

Consejo de Estado. Sentencia 29 de Noviembre de 2010 (M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 24 de Octubre de 2013 (M.P. ENRIQUE GIL B.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de octubre de 2012 M.P. ENRIQUE GIL BOTERO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de Octubre de 2012 (M.P. ENRIQUE GIL BOTERO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 23 de junio de 2010 (M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 10 de octubre de 2013 (M.P. ALVARO NAMEN VARGAS).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 13 de noviembre de 2008 (M.P. ENRIQUE GIL BOTERO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia. 22 de octubre de 2012 (M.P. ENRIQUE GIL BOTERO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 4 de mayo de 2004 (M.P. Clara INES VARGAS HERNANDEZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 31 de enero de 2011 (M.P. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 29 de noviembre de 2010 (M.P. WILLIAM SAMBRANO CETINA).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de abril de 2009 (M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 3 de diciembre de 2008 (M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 16 de febrero de 2006 (M.P. RAMIRO SAAVDRA BECERRA).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 11 de noviembre de 2010 (M.P. NILSON PINILLA PINILLA).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 6 de septiembre de 2011 (M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIOS).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 21 de julio de 2011 (M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de abril de 2009 (M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 9 de octubre de 2013 (M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 22 de abril de 2009 (M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 19 de junio de 2008 (M.P. JESUS MARIA LESMOS BUSTAMANTE).

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 24 de octubre de 2013 (M.P. ENRIQUE GIL BOTERO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 1 de marzo de 1995 (M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 1 de octubre de 1992 (M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 21 de junio de 2012 (M.P. CARMEN TERESA ORTIZ RODRIGUEZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 29 de agosto de 2007 (M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 16 de agosto de 2012 (M.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ).

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 3 de junio de 2014 (M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA).