

Una aproximación teórica a la potestad sancionatoria contractual de la Administración Pública en el escenario de la audiencia de declaratoria de incumplimiento, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano

Laura Marcela Perdomo Olmos

Marlon David Barreto Vizcaíno

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias políticas

Programa de Derecho

Sincelejo

2021

Una aproximación teórica a la potestad sancionatoria contractual de la Administración Pública en el escenario de la audiencia de declaratoria de incumplimiento, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano

Laura Marcela Perdomo Olmos
Marlon David Barreto Vizcaíno

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

Directora
Katia Palencia Sánchez
Doctorante en Ciencias Políticas, de la Administración y Relaciones Internacionales.

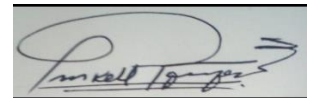
Corporación Universitaria del Caribe – CECAR
Facultad de Derecho y Ciencias políticas
Programa de Derecho
Sincelejo
2021

Nota de Aceptación

Katia Palencia S.

Director

Evaluador 1



Sincelejo, Sucre, 29 de enero de 2021

Dedicatoria

Queremos dedicar este trabajo a nuestras familias, quienes fueron nuestro apoyo durante todo el tiempo que cursamos la carrera profesional y nos motivaron en todo momento para culminar el trabajo final de grado.

De la misma forma queremos dedicar este trabajo a nuestro esfuerzo, porque tomamos el compromiso de realizar este trabajo, cumpliendo con los objetivos propuestos.

Agradecimientos

Agradecemos a nuestra asesora de trabajo final, a la Doctora Katia Marcela Palencia Sanchez, quién dispuso todo su conocimiento y tiempo para orientarnos en la realización del trabajo final y gracias a ello hoy se cuenta con un trabajo de grado culminado.

Tabla de Contenido

Resumen.....	7
Abstract	8
Introducción	9
Planteamiento del Problema	12
Objetivos.....	16
Objetivo General	16
Objetivos Específicos.....	16
Metodología	17
1. Marco Conceptual de la Potestad Sancionatoria Contractual de la Administración Pública y la Audiencia de Declaratoria de Incumplimiento	19
1.1. Potestad Sancionatoria	19
1.2. Administración Pública.....	21
2. Marco Legal de la Potestad Sancionadora Contractual	24
2.1. Proceso Sancionatorio Contractual	26
2.2. La Audiencia Declaratoria de Incumplimiento en relación con los Contratos Estatales... 28	
2.3. Trámite de la Audiencia Declaratoria de Incumplimiento	28
2.4. Acciones de Defensa del Contratista en la Audiencia Declaratoria.....	30
2.5. Efectos del incumplimiento de un Contrato Estatal.....	31
3. Potestad Sancionatoria como solución eficaz para los incumplimientos de los Contratistas de la Administración Pública.....	33
Conclusiones.....	34
Referencias Bibliográficas	36

Resumen

Para el desenvolvimiento de la administración pública ante el incumplimiento de los contratistas se cuenta con una sólida y eficaz herramienta jurídica que es la audiencia de declaratoria de incumplimiento ámbito en el cual se pueden imponer cargas económicas al vinculado contractualmente para que corrija su proceder y se conduzca a una correcta ejecución del contrato sin afectar su equilibrio financiero. En virtud de lo expuesto, el objetivo general de esta investigación fue realizar una aproximación teórica de las prerrogativas que tiene la administración pública en el campo sancionatorio frente a los incumplimientos de sus contratistas, visto éste desde el único escenario válido con que se cuenta actualmente que es la audiencia de declaratoria de incumplimiento regulada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Para dar cumplimiento al objetivo anterior, metodológicamente se acudió a una investigación teórica descriptiva, con uno del enfoque cualitativo y epistemológico. Como resultado se pudo establecer que la potestad sancionadora es uno de los varios instrumentos que tiene la administración en materia contractual para la cabal ejecución de los contratos, la coherción al contratista para su cumplimiento y la emisión de decisiones con total fuerza vinculante sin que se tenga que acudir a la jurisdicción administrativa. Se concluye que, existe un procedimiento estatal donde se producen determinaciones que tienen la virtud de imponer cargas económicas a los contratistas y aseguradoras que afectan de manera directa al contrato en su componente financiero.

Palabras clave: Potestad Sancionatoria, Administración Pública, Audiencia de declaratoria de Incumplimiento, Contratistas.

Abstract

For the development of the public administration in the face of non-compliance by contractors, there is a solid and effective legal tool available, which is the hearing of declaration of non-compliance, in which economic burdens can be imposed on the contractually bound party so that it corrects its behavior and conducts itself to a correct execution of the contract without affecting its financial equilibrium. By virtue of the above, the general objective of this research was to make a theoretical approach of the prerogatives that the public administration has in the sanctioning field against the non-compliance of its contractors, seen from the only valid scenario currently available, which is the hearing of declaration of non-compliance regulated by Article 86 of Law 1474 of 2011. In order to comply with the previous objective, methodologically, a descriptive theoretical research was used, with a qualitative and epistemological approach. As a result, it could be established that the sanctioning power is one of the several instruments that the administration has in contractual matters for the full execution of contracts, the coherence to the contractor for its compliance and the issuance of decisions with full binding force without having to resort to the administrative jurisdiction. It is concluded that there is a state procedure where determinations are made that have the virtue of imposing economic burdens on contractors and insurers that directly affect the financial component of the contract.

Keywords: Sanctioning power, Public Administration, Hearing of declaration of noncompliance, Contractors.

Introducción

En los referentes jurídicos colombianos podemos decir que, con la Constitución Política de 1991, se introdujeron muchas herramientas para hacer valer los derechos de los ciudadanos y la forma de hacerlos efectivos, en este proceso dio el paso de ser un Estado de derecho a ser un Estado social de derecho donde priman los principios de prosperidad general, dignidad humana y la efectivización de los derechos y deberes. Esta constituyente dio potestad al legislador de diseñar un estatuto de contratación para la administración pública, como instrumento que busque la consecución de los fines del Estado, siendo el contrato una de las herramientas más efectivas para lograr este fin, (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Así mismo, lo ha manifestado la Corte Constitucional en su Sentencia C-713 de 2009 donde concluye que:

El Contrato público es un instrumento jurídico del que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivo los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de particulares quienes ejecutan a nombre de la administración las tareas acordadas (Corte Constitucional, 2009, pág. 6).

Estos contratos públicos, dan paso entonces al Derecho Administrativo Sancionatorio que ha sido definido por la Corte Constitucional como:

Un instrumento que protege, que ayuda a conservar el orden jurídico de las instituciones mediante competencias que le concede a la administración, es decir que estos contratos tienen un aval, para hacer que sus funcionarios y particulares acaten una disciplina que busca la realización de sus cometidos (Corte Constitucional, 2011, pág. 3).

Entonces, la potestad sancionatoria al ser concedida como un poder especial donde la administración puede actuar, “debe estar precedida por un procedimiento administrativo, que otorga garantías al momento de aplicarlos prevaleciendo por supuesto el derecho de las personas” (Rodríguez, 2013, pág. 23). En los contratos estatales, es obligación de las partes dar cumplimiento a los compromisos adquiridos, los cuales serán vigilados por un interventor o

supervisor, donde su incumplimiento dará paso al procedimiento administrativo sancionatorio previa solicitud de éste, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011 es su artículo 86: “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” (Congreso de la República, 2011).

Como ese espacio es el exclusivo lugar donde se imputan cargos al contratista, se oye al interventor, se defiende el contratista de los mismos vía descargos con la aportación de pruebas, se vincula a las aseguradoras, se decide por parte de la administración pública contratante si se declara o no el incumplimiento, se presentan recurso de reposición contra la decisión y se resuelve tal recurso quedando en firme una vez se pronuncia la entidad al respecto, es toda una experiencia jurídica que permite el dinamismo en las decisiones de la entidad estatal y se cierra el procedimiento con un pronunciamiento de fondo sucediendo todo en el mismo acto, lo que se traduce en una concentración de intervinientes y métodos que brinda transparencia al proceso, en ella hay claramente dos actos administrativos plenamente identificables que son el que contiene la decisión de la administración y el que resuelve el recurso de reposición con lo que se da cierre a la audiencia.

Tan importante es esta premisa que fue el fruto de un quehacer contractual que antes de su emisión no aportaba una solución definitiva a los incumplimientos del contratista y tal previsión generó toda una capacidad resolutoria de la administración que ha permitido hacer un seguimiento a la correcta ejecución de los contratos y su verificación oportuna que a pesar de imponer gravámenes económicos con impacto en el componente financiero de los contratos es de un alcance tal que a pesar de existir no tiene porque acabar con la relación contractual ejecutor – administración y conducir a la terminación de ese vínculo y que adicionalmente por ser progresiva permite generar alertas que son sanas para el contrato al prevenir incumplimientos futuros del contratista que conoce ya todo la autonomía y posibilidades sancionatorias de la administración en un solo evento, en una sola actuación, sin que tal decisión pueda ser revisable en el inmediato futuro con lo cual se produce su cumplimiento dado el grado de firmeza que adquiere, incluso

impactando al financiamiento del contrato debido a que se puede descontar las multas impuestas de los saldos pendientes a favor del contratista.

Con la presente investigación analizamos si la potestad sancionatoria es una solución eficaz para los incumplimientos de los contratistas en la administración pública y si masificando y cualificando su uso puede la entidad estatal recomponer los contratos y preservar el orden jurídico cual es la satisfacción de las necesidades ciudadanas que se intenta solucionar con la celebración de los contratos.

Planteamiento del Problema

Las entidades estatales en su condición de contratantes de bienes y servicios tienen como prerrogativa el uso de la potestad sancionatoria contractual cuando se evidencie que esta en riesgo la ejecución de un contrato estatal o hay una afectación del mismo en cualquiera de sus niveles, ya sea leve o grave, tal competencia está regulada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que contiene el procedimiento para imponer sanciones al contratista mediante la celebración de una audiencia de declaratoria de incumplimiento en la cual se pueden generar varios escenarios que permiten corregir los comportamientos contractuales del interviniente o declarar el siniestro de incumplimiento y otros pronunciamientos entre los cuales está la declaratoria de caducidad del contrato, la terminación del mismo, etc.

Esta figura novedosa para el legislador del año 2011 dio claridad al procedimiento sancionatorio contractual de las entidades estatales y recogió en una sola audiencia todas las fases del proceso, en ella se analiza el informe del interventor, se escuchan los descargos del contratista, la administración toma la decisión de sancionar o no y allí mismo se recibe el recurso de reposición y se decide todo en sede de audiencia por ello cuando se inicia la misma así sea que se suspende siempre termina con una decisión.

Esta actividad de la administración tiene muchas connotaciones y en ella se pueden tomar múltiples decisiones para enderezar el contrato u ordenar su terminación entre otros estadios intermedios y en la práctica se ha observado un problema representado en la mayoría de las entidades territoriales, es decir, municipios, es poco utilizada y se enfrentan los mandatarios locales a incumplimientos reiterados sin disciplinar a sus contratistas y esta potestad que es tan dinámica y determinante se convierte en una herramienta a la que se acude con baja frecuencia a pesar de su dinamismo y efectividad, parecería que existe tolerancia de las entidades hacia los contratistas hasta un cierto nivel de incumplimiento que es solucionable por vía de requerimiento o concertación, cuando ello ya no funciona se acude a la celebración de la audiencia en este estadio ya por un incumplimiento grave que pueda conducir incluso a la paralización del contrato.

Las administraciones municipales, ya en el resorte local, muy a pesar de contar con esta valiosa ayuda jurídica con alta capacidad resolutive evitan su uso o no acceden a el debido a un grado elevado de complacencia con los contratistas, ya sea por la confianza que tengan con los mismos, la intención de no afectar económicamente la ejecución del contrato, el continuar dando oportunidades infinitas, la multiplicidad de competencias que deben ejecutar y el tiempo dedicado a las mismas, los relaciones de tipo político y de financiación de campañas y en general diversas y amplias razones que producen una barrera a la facultad disciplinaria contractual que termina siendo la última opción a usar, cuando puede convertirse en una de las primeras para enderezar al contratista cuando de muestras de incumplimiento, tanto que ya en ese escenario no solamente puede salir con una sanción o multa, también lo puede hacer con una exoneración pero que lleva implícito un llamado de atención formal que previene futuros incumplimientos.

Son tan variadas las aristas que tiene una audiencia de declaratoria de incumplimiento que en su seno se pueden tomar múltiples opciones que le pertenecen a la administración pública, algunas no tan típicas como por ejemplo la cesión de un contrato frente a un contratista incumplido con poca o nula capacidad financiera que permite la llegada de otro colaborador a cumplir el fin del contrato, la asunción de obligaciones contractuales vía ejecución por parte de las compañías aseguradoras que amparan los contratos, la terminación anticipada bilateral de los contratos, etc., que no necesariamente implican un multa o sanción económica, todas estas variables tienen como fin asegurar la ejecución del objeto contractual para la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía y reorientar los esfuerzos administrativos hasta con el reemplazo del contratista si es necesario.

Como se esta frente a una norma del año 2011 que lleva nueve años de vigencia todavía es mucho lo que podemos esperar de ella y su aplicación implica la concientización a la administración pública de su importancia y en lo posible que se amplifique su uso, pero ello se enfrenta a la misma autonomía territorial en el plano municipal que es nuestro interés - que no permite interferencias de otras autoridades dado que la aptitud decisoria le pertenece solo a ellos no es dable una forzada intervención que puede ser mal vista, inclusive la legitimación habitual

para su apertura o realización esta en cabeza del supervisor o interventor del contrato que emite un informe solicitándola, con lo que se permite su inicio, pero ello no condiciona la decisión porque el dicho de los mismos se va a confrontar con los descargos del contratista y su rigor probatorio con lo cual su sola participación no significa una decisión adversa al convocado debido a que el representante legal de la entidad estatal quien de manera unilateral toma de la determinación.

Así las cosas, la problemática no la hallamos en la construcción de la norma que permite la ejecución de las competencias porque a pesar de ser un solo artículo el que regula la audiencia de declaratoria de incumplimiento artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ella esta tan bien confeccionada que permite un dinamismo en las decisiones y recoge la experiencia de las regulaciones anteriores concentrándola en una sola etapa que debe adelantarse en ejecución del contrato con el objetivo de buscar su sanidad y la sujeción del contratista a las obligaciones adquiridas. La revisión teórica del tema nos conduce a un solo camino y es su congruencia y eficiente aplicabilidad, su problema a la primera vista esta en su puesta en practica, lo que ha permitido la abundancia de proyectos no concluidos a nivel nacional, el abandono de obras públicas, la apertura de investigaciones fiscales, disciplinarias y penales contra los representantes legales de entidades estatales que no hacen un correcto seguimiento a la ejecución contractual y le restan mérito a una herramienta jurídica vital que les permitiría el cumplimiento satisfactorio de los contratos estatales.

La visualización de la audiencia de declaratoria de incumplimiento y su construcción desde la misma fase de planeación del contrato, es decir, la parte precontractual se hace casi necesario porque en las estipulaciones contractuales que se refieren a multas, sanciones, clausula penal e incluso la caducidad se estima la afectación económica que podamos imponer al contratista incumplido con un límite que permita su ejecución y no convertir un proyecto viable en un desastre a causa de decisiones emotivas que le resten movilidad financiera a los contratistas que ven perdida su ganancia a causa de los pagos que deben descontársele por incumplimiento, porque eso es otra consecuencia, el valor de las multas o sanciones se descontaran directamente de los saldos a favor del contratista en virtud de las mismas estipulaciones convenidas, sin que se necesite pronunciamiento judicial al respecto. Así las cosas y ante este planteamiento general como

pregunta que recoge las inquietudes que dieron origen a la presente investigación, estableceríamos:
¿Es la potestad sancionatoria contractual una solución eficaz para precaver los incumplimientos de los contratistas en la administración pública y garantizar la correcta ejecución de los contratos estatales, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano?

Objetivos

Objetivo General

Analizar la potestad sancionatoria contractual de la Administración Pública en el escenario de la audiencia de declaratoria de incumplimiento, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano

Objetivos Específicos

1. Conceptualizar la potestad sancionatoria contractual, la Administración Pública y la audiencia de declaratoria de incumplimiento.
2. Identificar las acciones del contratista en la audiencia de declaratoria de incumplimiento para la garantía de sus derechos y aquellas que podría adelantar contra la firmeza de la decisión que en ella se profiera, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.
3. Establecer el carácter vinculante de las decisiones proferidas en la audiencia de declaratoria de incumplimiento y su exigibilidad.

Metodología

Para realizar el presente artículo de reflexión, se utiliza un tipo de investigación teórico Descriptivo, bajo un enfoque cualitativo, en donde se transformarán las conceptualizaciones derivadas de la apropiación de fuentes secundarias como son la doctrina, normas, y jurisprudencia constitucional y administrativa, este último realizando un estudio de casos.

El enfoque epistemológico para utilizar será el inductivo en el que se llegará a conclusiones generales partiendo de premisas particulares siendo éste el más común en investigación en el que se desarrollará cumpliendo las etapas que le son propias. Analizándose la información atinente a la materia se sustraerán consideraciones propias que validen la información depositada en el cuerpo del trabajo, haciendo posible el acercamiento al objeto de investigación, para precisar sus capítulos y luego sus debidas conclusiones acerca de la respuesta a los planteamientos realizados previamente. Teniendo en cuenta que, en este tema a tratar la imposición de sanciones por parte de la Administración, conocida como la potestad sancionadora, ha llegado a ser considerada como una las principales formas de actuación de nuestras administraciones públicas, como lo han expresado algunos autores de una simple constatación de la realidad puede fácilmente concluirse que:

Allí donde hay sectores en que la administración va a tener un mínimo protagonismo, allí aparecen, como secuela inevitable, como instrumento al parecer imprescindible, las sanciones administrativas y se mira como normal que hoy en día la administración pública, entre las potestades y prerrogativas que deben procesar su actuación ostente la potestad sancionadora. (Cano, 1999, pág. 9).

Como fuente secundaria para la presente investigación tenemos el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que contiene todo el proceso que debe adelantarse en la audiencia de declaratoria de incumplimiento, teniendo en cuenta que es una regulación específica que se incorporó al Estatuto Anticorrupción ella misma y sola es suficiente para el análisis académico, sin dejar a un lado aquellas disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias que le sean armónicas y

conducentes, así como, los pronunciamientos de las Cortes Colombianas y la doctrina representada en los diferentes autores que con sus conceptos alimentan y complementan esta investigación, adicional a los insumos obtenidos en la observación del comportamiento contractual de las entidades estatales originados por el incumplimiento de los contratistas detectable en noticias radiales y escritas.

Con todo lo anterior pretendemos obtener como resultado el verificar si tal como esta construida la regulación que permite la realización de las audiencias que estudian los incumplimientos de los contratistas es útil para las entidades estatales y permite disciplinar a los mismos, así mismo si en ella se garantizan adecuadamente los derechos de los contratistas, todo ello con el objetivo de lograr la correcta ejecución de los contratos estatales y si de su ejercicio se puede concluir que esta siendo bien recibida y produce beneficios en la administración pública como un insumo eficaz.

1. Marco Conceptual de la Potestad Sancionatoria Contractual de la Administración Pública y la Audiencia de Declaratoria de Incumplimiento

1.1. Potestad Sancionatoria

La potestad sancionadora de la administración en términos generales se traduce en:

Una sanción correctiva y disciplinaria, que busca darle cumplimiento a los fines de la contratación estatal, es así como los servidores públicos están llamados a tener en cuenta que al celebrar contratos las entidades buscan esto, los fines del Estado, y deben proponer por la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y los derechos e intereses de los administrados, por otra parte, los particulares al celebrar contratos con las entidades estatales deben colaborar con ella en la consecución de dichos fines. (Congreso de la República, 1993).

De acuerdo a la Ley General de Contratación en Colombia para la realización de los fines del Estado, los contratistas tendrán derecho a:

- Recibir oportunamente la remuneración pactada y a que no se altere este.
- Colaboración de la entidad contratante para que el objeto del contrato se pueda cumplir.
- Garantizar la calidad de los bienes y servicios que contrataron.
- No acatar amenazas o peticiones de terceros con el fin de obligarlos a omitir algún hecho (Congreso de la República, 1993).

Además, la norma aclara que pueden contratar con el Estado;

Las personas legalmente capaces, así como los consorcios y uniones temporales, entendiendo por consorcio cuando dos o más personas presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato respondiendo solidariamente por las obligaciones y las uniones temporales dos o

más personas de manera conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, pero responden de acuerdo a la participación de cada uno de los miembros de dicha unión temporal. (Congreso de la República, 1993).

Dentro de esta normatividad también se presentan unas inhabilidades e incompatibilidades que no permiten la contratación con el Estado, entre los que tenemos:

- Las personas que se hallan inhabilitadas por la constitución y las leyes.
- Los que celebraron contratos estando inhabilitados.
- Quienes dejaron declarar la caducidad.
- Los interdictos de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados con destitución.
- Quienes se nieguen a suscribir el contrato estatal sin justa causa.
- Los Servidores Públicos.
- Los conyugues y los que estén en el segundo grado de consanguinidad con quien haya presentado propuesta para la misma licitación.
- Las sociedades diferentes a las anónimas abiertas donde su representante o alguno de sus socios tenga segundo grado de parentesco o afinidad con cualquiera de los socios que hayan presentado propuesta para una misma licitación.
- Los socios de sociedades que se les haya declarado la caducidad.
- Las personas que hayan sido declaradas responsables de la comisión de un delito como peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional. (Congreso de la República, 1993).

También resaltamos que dentro de los responsables por las acciones u omisiones en cuanto a su relación contractual, en caso de responsabilidad civil se impondrá el pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial, en caso de responsabilidad disciplinaria se procederá a la destitución, en caso de responsabilidad penal los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos, y en caso de medida de aseguramiento se suspenderá provisionalmente al servidor público.

Frente a este panorama la Corte Constitucional también se pronunció conceptualizando que “la potestad administrativa sancionadora de la administración se centra en sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas en torno a la parte contractual, basados en los principios de legalidad y regulado de acuerdo con su normatividad”, como se estipula en la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción. (Corte Constitucional, 1994, pág. 2). Deduciendo de lo anterior que en la potestad sancionadora convergen tres elementos, que los complementan entre sí; primero tenemos el mecanismo de autoprotección de parte de la administración con la que materializa sus cometidos, el segundo aspecto tiene que ver con la competencia facultando con esto a las entidades públicas para imponer sus correctivos y tercero y último tenemos la parte punitiva por medio de la cual hacen efectivos sus cometidos.

1.2. Administración Pública

El derecho administrativo sancionatorio ha sido definido por la Corte Constitucional como “un instrumento que protege, que ayuda a conservar el orden jurídico de las instituciones mediante competencias que le concede a la administración, para hacer que sus funcionarios y particulares acaten una disciplina que busca la realización de sus cometidos” (Corte Constitucional, 2011, pág. 4). Por lo anterior, se entiende que la potestad sancionatoria al ser otorgada como un poder desorbitante donde la administración puede actuar, debe estar antecedida por un procedimiento administrativo, que “además de garantías debe tener límites para los funcionarios que les toque aplicarlas, es decir, la buena administración pública debe partir del privilegio que tiene las personas y sus derechos, donde los poderes públicos deben desprenderse de autoritarismos y subordinarse a estos” (Rodríguez, 2013, pág. 21).

Para algunos autores, el procedimiento es un paso necesario para la ejecución de la potestad sancionatoria del Estado, ya que en ella se refleja la oportunidad de hacer uso de sus derechos en un escenario donde la administración es parte y juez, permitiendo además que las autoridades administrativas puedan verificar sus decisiones y que hayan sido tomadas bajo los verdaderos presupuestos de la función pública. Entre los autores que definen el procedimiento administrativo sancionatorio tenemos a Cesar Modesto, quien lo define como: “Un sistema de actos ordenados,

que se desarrollan a través de un acto administrativo que plasma la decisión de la administración sobre la actuación del administrado, y que además puede ser impugnado por él” (Valdiviezo, 2019, pág. 7). El procedimiento administrativo sancionatorio, puede ser visto entonces desde dos perspectivas:

- a. Como un cálculo que le ofrece a la administración la posibilidad de verificar sus actuaciones dentro de la legalidad de la función pública.
- b. Como una garantía para sus asociados, basando su decisión final en la efectividad y aplicación de sus derechos.

Así mismo se puede decir que el procedimiento administrativo sancionatorio es “intrínsecamente garantista que está encaminado a buscar la consecución de los fines del Estado a cargo de las autoridades administrativas, teniendo siempre como eje el Estado Social de Derecho” (Arenas, 2016). Este actuar debe fundamentarse, en los principios de publicidad, inmediatez, presunción de inocencia, derecho de defensa y contradicción, favorabilidad, juez natural, non bis in ídem y el principio de legalidad, teniendo en cuenta que todos los procesos administrativos se deben conducir por una serie de principios legales y constitucionales, que son de total obligatoriedad, y deben rotar alrededor de tres aspectos esenciales, de acuerdo a este autor:

- Basados en la Ley General de la Administración Pública LGAP, art 214 y 221, debe tener como meta la verdad real de los hechos, lo que permita a la administración resolver de la mejor manera el asunto en cuestión.
- Ser garante de la tutela de los derechos de los administrados.
- Realizar una depuración del ordenamiento procedimental (p.15).

Específicamente, en la contratación pública en la Ley 1474 de 2011, se tratan las disposiciones para combatir la corrupción en estas contrataciones, anotando además las responsabilidades que tienen ahora los interventores y supervisores.

Los Interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente por el conocimiento de las obligaciones que devengan del contrato de consultoría o asesoría como por los hechos u omisiones que causen daño o perjuicio a las

entidades, y los supervisores realizarán el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal, aunque puede contratar personal de apoyo si así lo requiere (Congreso de la República, 2011).

El control y vigilancia de los contratos que corresponda a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública;

Podrán imponer multas para obligar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esto debe ir precedido por una audiencia que garantice el debido proceso y que se realizará siempre y cuando no se hayan ejecutado las obligaciones a cargo del contratista (Congreso de la República, 2007).

2. Marco Legal de la Potestad Sancionadora Contractual

En cuanto al marco legal en todo lo que rige a la contratación estatal y la potestad sancionadora del Estado está determinado de la siguiente manera:

- Decreto 150 de 1976, por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas. Además, “regulo los elementos del contrato, su clasificación, capacidad de los contratantes, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, registro de los proponentes clausulas exorbitantes” (Presidencia de la República, 1976).
- Ley 16 de 1982, la cual considero algunos principios en materia contractual y se le concedió al presidente de la republica la facultad extraordinaria de expedir un régimen de contratación reformando el establecido en el Decreto 150 de 1976 (Congreso de la República, 1982).
- Decreto 222 de 1983, por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Estableciendo los principios fundamentales de la contratación pública, estableció además como sistemas de selección del contratista la licitación pública, el concurso de méritos y contratación directa y regulo de manera de manera taxativa las cláusulas exorbitantes (Presidencia de la República, 1983).
- Constitución política de Colombia de 1991, a través del Principio de Legalidad faculto al Estado para sancionar aquellas acciones que este contrario al ordenamiento jurídico y salvaguardad los derechos de los administrados (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

A su vez, la Sentencia C-597 de 1996 del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero conceptualizo:

La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, pues permite realizar los valores del 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 a la realización de sus cometidos (Corte Constitucional, 1996, pág. 8).

Mientras, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se establece por primera vez la responsabilidad del contratista por incumplimiento contractual. Se estableció en este normado:

En término genérico de entidades estatales y contratos estatales, se incluyó la importancia al equilibrio económico y financiero del contrato, modalidades de selección del contratista, registro único de proponentes, causales de terminación y liquidación unilateral, multas, además aparecen figuras como los proponentes plurales y estableció de manera definitiva competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer las controversias contractuales.

- Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Se reitera la importancia de sancionar al contratista que incumpla las obligaciones pactadas.
- 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. Esta norma establece el procedimiento sancionatorio

contractual para los casos de presunto incumplimiento contractual mediante audiencia pública.

Es decir, con este normado, “el Estado Colombiano es facultado para ejercer su facultad sancionatoria en materia contractual para realizar declaraciones de incumplimiento, imponer multas y sanciones a los contratistas cuando estos incumplan con los contratos adquiridos con las entidades estatales” (Rodríguez, 2019, pág. 6)

Con lo anteriormente expuesto se logra deducir que, a través de la génesis de nuestro país ha existido la necesidad de protegerlos recursos del Estado y que estos sean utilizados en pro del desarrollo de la comunidad, haciendo que el legislador de paso y trascienda del derecho privado al derecho público administrativo y dando legalidad a que sea la administración la que ejerza la potestad sancionatoria para vigilar el patrimonio público.

2.1. Proceso Sancionatorio Contractual

El procedimiento sancionatorio contractual esta establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, que tiene como fin agilidad y eficacia en la toma de decisiones, basado en dos aspectos básicos como es respetar las garantías constitucionales de la partes y reconocer el derecho de defensa y contradicción en todo el proceso, este procedimiento en términos generales lo que hace es determinar los lineamientos y aspectos procedimentales que las entidades del Estado deben aplicar para declarar el incumplimiento en algún contrato y procurar el restablecimiento de una correcta ejecución del mismo como objetivo primordial de la administración frente a una desatención del contratista que afecte la buena marcha o la programación que se hizo para su correcto desempeño.

Este procedimiento desarrolla las etapas de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento; las entidades estatales podrán:

- Declarar el incumplimiento sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,
- Cuantificando los perjuicios de este,
- Imponer multas y sanciones que se hayan pactado en el contrato y
- Hacer efectiva la cláusula penal.

En este procedimiento sancionatorio contractual se presentan algunos inconvenientes en su desarrollo, que consisten principalmente en:

- **Términos:** En la audiencia se describen paso a paso los diferentes momentos procesales, pero no especifica un lapso mínimo o máximo de cada etapa, lo que lleva a las partes a dilatar las actuaciones hasta donde lo permita la administración con su poder de dirección. No se establece un término para las suspensiones dilatándose también está por días o meses ya que no se estipula el tiempo prudente para su reanudación.
 - **Falta de Unificación de Criterios:** Esta falta de unificación de criterios procesales, ha dado pie a que muchas entidades estatales reglamenten en sus manuales de contratación los procedimientos, términos y etapas del procedimiento sancionatorio, cubriendo así el vacío que dejó el legislador.
 - **Custodia del Expediente:** El expediente contractual se entiende que reposa en la oficina jurídica o de contratación de cada entidad, estos expedientes junto con el informe presentado por el supervisor son indispensables para dar inicio al procedimiento sancionatorio, la norma no menciona la importancia del expediente, ni establece una cadena de custodia que evite que sea modificado, adicionado o alterado en beneficio de alguna de las partes.
- Lo antes mencionado se ha convertido en unas de las principales dificultades de estos procedimientos, aunque se presentas otras, es necesario aclarar que estos son los causales de congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Congreso de la República, 2011).

2.2. La Audiencia Declaratoria de Incumplimiento en relación con los Contratos Estatales

En cuanto al poder sancionatorio las entidades públicas como expresamos anteriormente, pueden imponer multas, declarar la caducidad del contrato y si se incurrió en incumplimientos se podrá paralizar su ejecución en tres casos específicos como es cuando el contratista no cumple con las obligaciones que le tocan y la justificación para no ejecutar el contrato es imputable en mayor grado a los propios problemas del funcionamiento y operación del contratista, cuando el incumplimiento de las obligaciones por el contratista afecta grave y directamente la ejecución del contrato, de tal manera que se pueda paralizar y cuando el contratista no da cumplimiento a sus obligaciones contractuales y no se puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal.

Además, los contratistas responderán civil y penalmente, por sus acciones y omisiones en lo que se refiere a su relación contractual con el Estado, así mismo como los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes. (Congreso de la República, 1993).

2.3. Trámite de la Audiencia Declaratoria de Incumplimiento

Evidenciando el posible incumplimiento por parte del contratista la entidad encargada como enunciamos anteriormente citará al encargado, contratista o su representante a una audiencia declaratoria para debatir lo ocurrido, donde se mencionará los hechos acompañados del informe de interventoría y enunciarán las posibles cláusulas y normas incumplidas y las consecuencias para el contratista derivadas de esta actuación. Así mismo se fijará lugar, fecha y hora para la legalización de la audiencia. (Congreso de la República, 2011).

Respetando el debido proceso en esta actuación se realizará y se tendrá en cuenta:

- Imputación: Precisa de incumplimiento, especificando la cláusula contractual, tiempo y forma previstos en el contrato.
- Congruencia: La sanción sólo y únicamente puede referirse a la imputación.
- Oponibilidad: Los citados, las aseguradoras (C. Seguros / U. Temporal).

Durante el desarrollo de la audiencia, además:

- 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.
- Seguido a esto, se le concederá la palabra al contratista o su representante para que haga los descargos donde podrá:

1. Rendir las explicaciones del caso
2. Aportar pruebas y
3. Controvertir las presentadas por la entidad

Posterior a esto, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento, con la debida resolución motivada, donde se entenderá notificada en la audiencia. Contra esta decisión procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. En el desarrollo de la audiencia el jefe o delegado de la entidad podrá suspender la audiencia, siempre y cuando con ello se considere necesario para allegar pruebas que consideren conducentes y pertinentes lo cual queda a criterio de quien tenga la responsabilidad de la dirección de la audiencia que generalmente es el representante legal de la entidad contratante o su delegado. Si se procede así, ahí mismo se fijará fecha y hora de la reanudación de la audiencia para su conclusión agotado el debate probatorio y los alegatos de las partes involucradas. Es preciso aclarar que la entidad podrá dar por terminado el procedimiento si en cualquier momento considera que ceso el incumplimiento, este hecho es

importante porque aún en esta crucial etapa en donde se tiene al contratista ad portas de una decisión que lo afecte patrimonialmente en la mayoría de los casos, puede reorientar su comportamiento, subsanar las falencias detectadas por el interventor o supervisor y continuar con su ejecución ya con un aviso de las alertas de la administración que es un aspecto que incidirá en proceder muy seguramente. (Congreso de la República, 2011).

Es importante precisar que el contrato de la administración pública es un acuerdo de voluntades en donde se invita a un particular a que colabore con la gestión de una entidad estatal que se constituye en su ejecutor material, con miras a obtener un beneficio o ganancia por esa intervención y que esa expectativa de lucro se puede ver reducida cuando permita que se le impongan multas de carácter económico que poco a poco vayan minando su acuerdo negocial lo que naturalmente puede generar una desmotivación de ese actor, por ello es de singular importancia que se valore cuidadosamente la procedencia de las multas y la posibilidad de – en el escenario de la audiencia – exhortar al contratista a que subsane el motivo del incumplimiento antes de tomar una decisión que altere el equilibrio financiero del contrato.

2.4. Acciones de Defensa del Contratista en la Audiencia Declaratoria

En la audiencia declaratoria como esbozamos anteriormente el contratista se le concederá la palabra al contratista o su representante para que haga los respectivos descargos donde podrá:

- Rendir las explicaciones del caso, en este espacio y respetándole el debido proceso explicara el porqué de las situaciones que se le tildan.

- Aportar pruebas que le ayuden en su defensa y con las cuales podrá demostrar la inocencia sobre lo acusado.

- Controvertir las presentadas por la entidad y

- Seguido de la decisión sobre la imposición de la multa procederá el recurso de reposición que se interpondrá y sustentará una vez oída la misma y se decidirá en la misma audiencia,

convirtiéndose la determinación de la administración en la última medida de la audiencia con lo cual ésta adquirirá firmeza y podrá ser exigible incluso contra los mismos saldos adeudados al contratista.

No obstante lo anterior que se ventila en el escenario de la audiencia de declaratoria de incumplimiento, ya en otra sede, esta vez, la judicial el contratista puede controvertir los actos administrativos que contiene la decisión de la audiencia y del recurso de reposición en la jurisdicción contenciosa administrativa para que sea el juez especializado quien califique el proceder de la entidad estatal y preserve los derechos del afectado en caso de existir tal hecho, haciendo énfasis en que tiene oportunidad de hacerlo dado que puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que fueron proferidos en su contra.

2.5. Efectos del incumplimiento de un Contrato Estatal

Para que se estructure la responsabilidad contractual del Estado por infracción a la ley del contrato se requiere acreditar el incumplimiento de la obligación que se contrajo con el contrato, ya sea porque no se realizó o lo realizó a medias o se hizo de manera defectuosa o tardía, que el incumplimiento de esta obligación produjo un daño o lesión a la parte que exige esa responsabilidad y finalmente que exista un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento. (Gobierno de Bogota, 2017, pág. 2). En este sentido, las entidades públicas indemnizaran a los contratistas por los perjuicios ocasionados de la ampliación del término de duración de la obra contratada, cuando se haya ampliado por causas ajenas al contratista y se prueben que los sobrecostos no fueron previstos inicialmente.

Cuando el incumplimiento es por parte del contratista, este se configura cuando una vez vencido el plazo estipulado en el contrato y este no haya satisfecho sus prestaciones, en este caso opera de manera inmediata la mora sin necesidad de reconvención o intimación para que el contratista cumpla la prestación, así las cosas, la entidad pública puede declarar la caducidad del contrato y hacer efectiva la póliza de buen manejo del anticipo. En este proceso la aparición de

conflictos y controversias surgidas durante la ejecución de un contrato a un tribunal de arbitramento no significa la renuncia por parte de la entidad pública a sus facultades legales, estas facultades prevalecen sobre la cláusula compromisoria, la cual debe tratar sobre las materias no incluidas a las facultades legales.

Así mismo una entidad pública no puede declarar el incumplimiento de un contrato con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, debe acudir ante autoridad judicial y alegar una facultad de decisión unilateral proveniente del contrato de la administración, porque las facultades de las entidades públicas están determinadas por la ley y no por los contratos que realiza. (Gobierno de Bogota, 2017, pág. 3).

3. Potestad Sancionatoria como solución eficaz para los incumplimientos de los Contratistas de la Administración Pública

El Estado siempre se ha preocupado por salvaguardar su patrimonio e intereses que competen a todos los ciudadanos, a esto se suma el legislador que ha querido encontrar un procedimiento eficaz para encontrar una solución a la gran cantidad de casos de incumplimiento contractual que a diario se presentan en la administración pública y que mitigue el daño que esto ocasiona. Se pudo evidenciar que a pesar de existir una regulación clara a lo largo de estos años que permite con facilidad la imposición de multas las entidades pertenecientes a la administración pública y especialmente las territoriales se les dificulta su uso por múltiples razones aspecto que debe ser mejorado para que se produzca una mayor eficacia de esta herramienta.

Resaltamos que con la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, el legislador decidió dar importancia a la figura del incumplimiento contractual tratando de reglamentar un procedimiento que permitiera al Estado cuidar su patrimonio y multar a quien hiciera mal uso de este. Algunos doctrinantes consideran que: “los contratos estatales en Colombia están regulados por un régimen jurídico mixto, conformado por las disposiciones del derecho civil y comercial, en lo no regulado especialmente para ellos” (Rodríguez, 2017, pág. 13).

Finalmente, lo que exponemos - agotado el temario de investigación - es que la potestad sancionadora del Estado si resulta eficaz para enfrentar los incumplimientos de los contratistas de la administración pública y que esta es una herramienta que debe ser mejor y más utilizada por parte de las entidades estatales para procurar el correcto cumplimiento de los contratos estatales, con ello se responde en positivo nuestra pregunta problema.

Conclusiones

Se ha logrado analizar que las entidades estatales en su condición de contratantes de bienes y servicios tienen como opción la potestad sancionatoria contractual cuando se evidencie que está en riesgo la ejecución de un contrato estatal y que puede exponerse adicionalmente el patrimonio de la administración y de los ciudadanos.

Esta potestad de la administración tiene muchas variaciones y en ella se pueden optar por diferentes decisiones; unas para procurar la correcta ejecución del contrato, otras para emitir una sanción al contratista que puede ser una multa u ordenar su terminación, también puede ventilarse una posible cesión ante la imposibilidad del cumplimiento, entre otras decisiones que puede tomar la entidad estatal en el escenario de la audiencia de declaratoria de incumplimiento que por su naturaleza es dinámica, resolutive y definitiva frente al contrato. Podemos identificar a través del recorrido de esta investigación que la contratación estatal con el paso del tiempo en Colombia ha buscado la forma de regular y proteger el patrimonio público a través de distintos procedimientos que van desde sanciones disciplinarias, civiles y penales, terminando con un procedimiento sancionatorio reglado con fuerza de ley que obliga a las entidades estatales a someterse al mismo, instancia en la cual se pueden emitir decisiones con carácter vinculante.

El legislador ha hecho múltiples esfuerzos por sancionar el incumplimiento contractual que afecta la debida ejecución de los contratos y genera daño al patrimonio público y en aras de ese objetivo emitió la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción especialmente su artículo 86, que creo un procedimiento mediante el cual se puede compeler al contratista a que atienda sus obligaciones conforme a lo que se pactó mediante la imposición de sanciones o multas entre otros pronunciamientos que surgen como un mecanismo de solución de conflictos; concluyendo finalmente que la potestad sancionatoria si es una solución eficaz para evitar los incumplimientos de los contratistas en la administración pública; sin embargo debe ampliarse y cualificarse su uso por parte de las entidades territoriales para hacerla más efectiva.

Sin embargo y muy a pesar de la firmeza de las decisiones que se profieren en la audiencia de declaratoria de incumplimiento una vez termine ésta y se hubiesen respondido el recurso de reposición, el contratista afectado puede controvertir la decisión que se profiera llevando su conflicto a la jurisdicción contenciosa administrativa que en últimas decidirá sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos que contienen las multas, sanciones, declaratorias de caducidad, de pago de la cláusula penal, terminación de contrato y toda aquello que lo afecte, este espacio ordinario es un último recurso si el contratista considera vulnerados sus derechos y que le asiste razón en la inconformidad en donde debe obtener el pronunciamiento del juez especializado en contratos públicos.

Referencias Bibliográficas

- Cano, T. (1999). *El Régimen Jurídico Administrativo del tráfico, bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*. Civitas.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=113873>
- Congreso de la República. (20 de enero de 1982). Por la cual se adoptan medidas para aumentar los recursos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. [Ley 16 de 1982]. D.O.N. 35937.
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. D.O.N. 41.094.
- Congreso de la República. (11 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. D.O.N. 46.691.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. D.O.N. 47956.
- Congreso de la República. (12 de julio 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. [Ley 1474 de 2011]. D.O.N. 48.128.
- Corte Constitucional. (28 de abril de 1994). Sentencia C 214 de 1994. [Mp. Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (6 de noviembre de 1996). Sentencia C 597 de 1996. [Mp. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (7 de octubre de 2009). Sentencia C 713 de 2009. [Mp. Maria Victoria Calle Correa]. O

Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2011). Sentencia C 875 de 2011. [Mp. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Presidencia de la República. (enero 27 de 1976). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. [Decreto 150 de 1976].

Presidencia de la República. (2 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983].

Rodríguez, J. (2013). La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6 (6), pp. 23-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578>

Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Temis.

Rodríguez, N. (2019). Procedimiento Sancionatorio Contractual. Imposicion de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del artículo 86 de la ley 1474 de 2011. (Trabajo de Especializacion). Universidad Santo Tomás, Villavicencio, Colombia. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/17832/2019nuryrodriguez?sequence=5&isAllowed=y>

Valdiviezo, C. (2019). Inconstitucionalidad del procedimiento administrativo sancionador. *Académica Universitaria Opuntia Brava*, 11 (2), pp.373-389. http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/15155/1/T-3355_VALDIVIEZO%20AGUIRRE%20CESAR%20MODESTO.pdf