



Iusta

ISSN: 1900-0448

Universidad Santo Tomás

Blanco, Ricardo A.; Gómez, Milton A.
Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016*
Iusta, núm. 49, 2018, Julio-Diciembre, pp. 193-226
Universidad Santo Tomás

DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0049.07>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560360439009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016*

Ricardo A. Blanco**

Milton A. Gómez***

Recibido: 20 de enero de 2018 • **Aprobado:** 16 de marzo de 2018

Resumen

El presente artículo de investigación expone la naturaleza y el marco jurídico de las audiencias de incumplimiento, así como los tipos de sanciones derivados de dichas audiencias. Posteriormente analiza las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, entidad que cuenta con un sistema integrado de gestión el cual implementa y hace seguimiento a los procedimientos administrativos contractuales, mediante formatos propuestos por la Dirección de Contratación. Estos formatos fueron comparados con los lineamientos en materia sancionatoria y procedimental establecidos y regulados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1474 de 2011, así como en la jurisprudencia contencioso administrativa, entre otras, para identificar las posibles deficiencias normativas en las que puede incurrir la Gobernación de Boyacá al iniciar los procedimientos sancionatorios. El desarrollo del presente

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación: “Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016”, en el marco de la especialización en Contratación Estatal, Universidad Santo Tomás, sede Tunja, Colombia. Citar como: Blanco, R. A y Gómez, M. A. (2018). Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016. IUSTA, 2(49), 193-226. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0049.07>

** Abogado, asesor privado, especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás, sede Tunja, Colombia. Correo electrónico: rblancoleguizamo@gmail.com

*** Ingeniero electrónico. Consultor privado, especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás, sede Tunja, Colombia. Correo electrónico: miltonartu@gmail.com

artículo pretende dar respuesta al siguiente problema de investigación: Deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016. Para lo cual se dividirá el presente artículo en tres partes: la primera en la que se analiza el contexto y marco jurídico de las audiencias de incumplimiento, desde su naturaleza, sus antecedentes en el derecho administrativo colombiano y su evolución hasta nuestros días, así como las clases de sanciones que de este tipo de procedimiento se derivan. En la segunda parte, trataremos las deficiencias procedimentales y jurídicas que se han presentado en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá en el quinquenio comprendido entre 2011 y 2016; para culminar en la tercera parte del artículo con una serie de recomendaciones y sugerencias que, a nuestro modo de ver, permitirán hacer más efectivas las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación sin poner en riesgo los derechos que el contratista, como colaborador de la administración, tiene y permitiendo que con ellas se materialice de manera efectiva la finalidad que el legislador buscó con su institucionalización.

Palabras clave: audiencia de incumplimiento, debido proceso, multa, caducidad, potestad sancionatoria.

NORMATIVE DEFICIENCIES IN THE NON-FULFILLMENT HEARINGS HELD BY THE PROVINCIAL GOVERNMENT OF BOYACÁ, DURING THE PERIOD BETWEEN THE ENTRY INTO FORCE OF LAW 1474 OF 2011 AND THE YEAR 2016

Abstract

This research article exposes the nature and legal framework of non-fulfillment hearings, as well as the types of penalties derived from said hearings. Subsequently, it analyzes the non-fulfillment hearings held by the Provincial Government of Boyacá, an entity that has an integrated management system which implements and monitors the contractual administrative procedures through formats proposed by the Contracting Authority. These formats were compared with the penalty and procedural guidelines established and regulated in Law 80 of 1993 and Law 1474 of 2011, as well as in contentious-administrative jurisprudence, among others, to identify possible regulatory deficiencies in which the Provincial Government of Boyacá may incur when initiating penalty procedures. The development of this

article intends to answer the following research problem: Normative deficiencies in the non-fulfillment hearings held by the Provincial Government of Boyacá, during the period between the entry into force of Law 1474 of 2011 and 2016. For which this article will be divided into three parts, the first in which the context and legal framework of the non-fulfillment hearings is analyzed, from its nature, its background in Colombian administrative law, and its evolution to the present day, as well as the kinds of penalties that derive from this type of procedure. In the second part, we will deal with procedural and legal deficiencies that have transpired in the non-fulfillment hearings held by the Provincial Government of Boyacá in the five-year period between 2011 and 2016, to end the third part of the article, with a series of recommendations and suggestions that, in our opinion, will make more effective the non-fulfillment hearings held by the Provincial Government without putting at risk the rights that the contractor, as a collaborator of the administration, has and allowing them to effectively materialize the purpose the legislator sought with its institutionalization.

Keywords: non-fulfillment hearing, due process, penalty, lapse, authority to impose penalties.

DEFICIÊNCIAS NORMATIVAS QUE SÃO APRESENTADAS NAS AUDIÊNCIAS DE NÃO CUMPRIMENTO REALIZADAS PELA GOVERNADORIA DE BOYACÁ, NO PERÍODO ENTRE A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 1474 DE 2011 E O ANO DE 2016

Resumo

Este artigo de pesquisa expõe a natureza e a estrutura legal das audiências de não conformidade, bem como os tipos de sanções decorrentes dessas audiências. Em seguida, analisa as audiências falha detidos pelo Governo de Boyacá, uma entidade que tem um sistema de gestão integrado que implementa e acompanha os procedimentos administrativos contratuais propostas pela Direção de formatos contratantes. Esses formatos foram comparados com orientações sobre punitiva e processuais estabelecidas e regulamentadas pela Lei 80 de 1993 e Lei 1474 de 2011 e na jurisprudência administrativa, entre outros assuntos, para identificar deficiências regulatórias potenciais que o Governo de Boyacá pode incorrer ao iniciar procedimentos da sanção. O desenvolvimento deste artigo tem como objetivo responder a seguinte questão de pesquisa: regulamentos deficiências apresentadas nas audiências

de padrão realizada pelo Governo de Boyacá, durante o período entre a entrada em vigor da Lei 1474, de 2011 e 2016 a que este artigo é dividido em três partes: a primeira em que o contexto e enquadramento legal das audiências de default é analisada, por sua natureza, a sua história na lei administrativa da Colômbia, e sua evolução até os dias atuais, bem como os tipos de sanções que derivam deste tipo de procedimento. Na segunda parte, discutimos as deficiências processuais e legais que surgiram nas audiências de padrão realizada pelo Governo de Boyacá no período entre 2011 e 2016 período de cinco anos, culminando na terceira parte do artigo, com uma série de recomendações e sugestões que, a nosso ver, farão audiências de não cumprimento mais efetivas realizadas pelo Governo sem colocar em risco os direitos que o contratado, como colaborador da administração, tem e permitindo-lhes materializar eficazmente o propósito que o legislador buscou com sua institucionalização.

Palavras-chave: audiência de não conformidade, devido processo, multa, expiração, poder sancionatório.

Introducción

En la actualidad, es indispensable dinamizar el aprendizaje creativo y crítico en el marco del derecho, otorgando singular importancia tanto al aspecto cognitivo, procedimental y actitudinal para el desenvolvimiento profesional con metodologías activas adecuadas, como generando espacios de reflexión, discusión, análisis y diálogo (Blanco, 2017). Desde la citada perspectiva, la contratación estatal es el instrumento más expedito para la consecución de los fines esenciales del Estado¹, sin embargo, es también la segunda causa más frecuente de daño antijurídico imputable a la administración; por lo que garantizar la correcta actuación en el desarrollo de la actividad contractual en las entidades estatales, debería ser un objetivo común de todo agente del Estado con injerencia en este tipo de procedimientos².

El legislador, con la expedición de la Ley 80 de 1993, buscó cambiar la visión antagonica que históricamente acompañó la relación entre contratante y contratista,

¹ Leudo y Blanco (2015), al respecto, consideran que “para un país en vía de desarrollo como Colombia la contratación de obras tendientes a la construcción y operación de vías de comunicación debe ser una actividad dinámica” (p. 72).

² Lo dispuesto supone una adecuada política pública, esto es, de instrumentos que fortalezcan la actividad y la gestión del Estado; y de una planeación juiciosa que responda a una necesidad vigente (Molina, 2017).

elevando a este último a la condición de colaborador del Estado³ y trató de darle un enfoque privado al contrato público, nivelando la condición de desventaja tan manifiesta que existía entre el Estado y los particulares en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, eliminando una serie de prerrogativas a favor de este último.

Este cambio conceptual, en la práctica se convirtió en un caldo de cultivo para el incumplimiento, el desgreño administrativo y la corrupción en la contratación estatal, por lo que el legislador en el año 2007 abandona la visión privatista del contrato público, y en aras de introducir medidas para la eficacia y la transparencia, en la Ley 80 de 1993 vuelve a conceder a favor del Estado una serie de prerrogativas propias del derecho privado, pero enmarcadas no dentro de una visión de relación igualitaria entre partes, sino de una visión de subordinación del contratista ante el Estado⁴.

Esta concesión a favor del Estado, en la práctica no ha generado el efecto deseado, por cuanto la imposición de multas, sanciones y la declaratoria de incumplimiento no se ha llevado a cabo con la rigurosidad esperada por parte de los operadores administrativos y su aplicación se está haciendo de manera discrecional y condicionada al afecto o no que este tenga frente al contratista, lo que ha generado el aumento en la litigiosidad contractual contra el Estado. El presente artículo pretende analizar el contexto jurídico de las audiencias de incumplimiento, aplicado en la Gobernación de Boyacá⁵. Esta entidad, por su naturaleza y estructura, es un referente en materia legal y específicamente en materia contractual para las demás entidades territoriales del departamento. También, se desean identificar las deficiencias normativas en el procedimiento administrativo contractual y hacer un análisis de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la administración departamental.

³ Pese a los esfuerzos del Estado colombiano, la actual regulación jurídica de los contratos administrativos “se encuentra lejos de ser la herramienta jurídica perfecta para la asignación de bienes y servicios a los particulares, ya que no existe un marco jurídico adecuado para luchar en contra de la corrupción; entre otras razones por la excesiva discrecionalidad por parte de las autoridades” (Cambero, 2015, p. 69).

⁴ Lo dispuesto debe estar en correspondencia con una adecuada política pública, esto es, con tareas colectivas de iniciativa social y gubernamental como respuesta a una problemática (Briceño y Morales, 2015).

⁵ La temática que se aborda en el manuscrito evidencia conexión directa con la corrupción de la contratación estatal. “Según un informe de Transparencia Internacional, Colombia se encuentra en el puesto 90 entre 176 países que denotan un alto grado de corrupción y a nivel latinoamericano somos superados por países como Venezuela, Nicaragua y México” (Nieves, 2017, p. 14).

La presente investigación se desarrollará haciendo uso del modelo jurídico-histórico, con el que se busca desentrañar los diferentes elementos de las audiencias de incumplimiento y el origen de dicha institución jurídica y del modelo jurídico propositivo, por cuanto lo que se desea es evaluar las fallas de las audiencias de incumplimiento a fin de proponer posibles mejoras en el desarrollo de este tipo de audiencias en la Gobernación de Boyacá.

Contexto jurídico de las audiencias de incumplimiento

La potestad sancionatoria dentro de un Estado de derecho, debe indiscutiblemente materializarse mediante normas y reglamentos expedidos con observancia plena de los principios y postulados constitucionales⁶, pues dicha potestad está supeditada expresamente al principio de legalidad (Sotelo, 2013).

Así es el análisis del compendio normativo que se ha denominado genéricamente como derecho administrativo sancionatorio, el cual es, como lo señala el Consejo de Estado, el inicio para examinar la naturaleza jurídica de la audiencia de cumplimiento.

Un derecho en formación, [...] al que las construcciones del derecho penal resultan útiles como 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 (S. Nº 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)).

Como lo señala Ramírez (2007), la potestad sancionadora de la administración y específicamente el derecho administrativo sancionatorio, en nuestro país se remonta a 1983, cuando la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de abril de ese mismo año con ponencia del doctor Manuel Gaona Cruz, se refirió al *ius puniendi* de la administración como una “disciplina del orden jurídico que absorbe

⁶ Al respecto y de conformidad con Miranda (2016), “a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, cobra relevancia el debate teórico, que se genera en torno a la aplicación de los principios y las reglas, toda vez que existen tendencias que los consideran como fuentes principales del sistema jurídico y como normas de obligatorio cumplimiento que señalan deberes, mandatos, obligaciones o prohibiciones irrestrictas; dicho dilema no ha sido estudiado a profundidad, al punto que en ocasiones la doctrina y la jurisprudencia se refieren indistintamente a una y otra categoría, sin considerar las implicaciones que en algunos escenarios jurídicos, puede generar tal consideración” (p. 66).

o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*)⁷.

Frente a la potestad sancionadora de la administración, es importante señalar, para posteriormente analizar las deficiencias procedimentales y normativas de las audiencias de incumplimiento que ha desarrollado la Gobernación de Boyacá, que la misma cumple unos fines específicos, los cuales no pueden ser desconocidos al momento de ejercerla. Es así como frente a este tema, la misma corporación en la Sentencia C-506 de 2002 estableció que: “la actividad sancionadora de la administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad)”⁸.

Ahora bien, para entender los continuos cambios de enfoque que el legislador le ha dado a las facultades sancionatorias de la administración, es importante analizar su origen histórico y el contexto en que se han desarrollado en nuestro país, específicamente con relación a la contratación estatal.⁹

⁷ Esta postura fue recogida y desarrollada con posterioridad por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1995, en donde se señaló que: “el poder del Estado, aun cuando concebido como un todo unitario, por la razón obvia de la división y especialización del trabajo se desdobra en una serie de atribuciones, facultades o competencias, institucionalizadas en el ordenamiento constitucional, que se radican en cada una de las ramas del poder público y traducen la existencia de unas funciones, las cuales constituyen los medios o instrumentos necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales. La fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias” (Corte Constitucional. Sala Plena).

⁸ Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, podemos indicar, primero: que la naturaleza del poder sancionatorio de la administración posee una doble naturaleza conminatoria e indemnizatoria, ya que con ella busca exhortar a los particulares al cumplimiento de un deber legal o reglamentario además de que con ella se puede lograr la indemnización de los perjuicios causados por la omisión, el incumplimiento o el cumplimiento tardío de dichos deberes en cabeza de los particulares. Segundo: que no le son aplicables las mismas normas que rigen la potestad sancionatoria penal, aunque la misma debe materializar las garantías mínimas del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política. Tercero: que la potestad sancionatoria persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta Política, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Y cuarto: que esta potestad puede estar sujeta al control judicial posterior.

⁹ Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1886, la potestad sancionatoria del Estado en materia contractual, era mínima y se limitaba a la materialización de algunas facultades que las partes contratantes señalaban expresamente a favor de la administración pública. Esto para los contratos de concesión y de explotación de recursos naturales, donde cláusulas como la de reversión eran comúnmente pactadas, materializándose mediante acto administrativo.

El primer antecedente del poder sancionatorio de la administración en el ámbito contractual, se encuentra en el Código Fiscal Nacional de 1873 (Naranjo *et al.*, 2009), con la introducción de la cláusula de caducidad a favor del Estado; aunque la doctrina mayoritaria lo encuentra en la expedición de la Ley 104 del 26 de diciembre 1892 en la que se estipula un régimen especial de intervención, en forma anticipada a la cláusula de caducidad, se consagra la venta forzosa al finalizar la concesión, prorrogas automáticas obligatorias en caso de no presentarse la solicitud de compra por parte del Gobierno y por último, la reversión propiamente dicha, sin indemnización, al finalizar la prórroga que fuere por lo menos equivalente al período inicial, además, con esta norma, surge igualmente la cláusula exorbitante de constitución de garantía.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 53 de 1909, surge por primera vez la potestad de hacer exigible directamente la cláusula penal pecuniaria como resultado de la declaratoria de incumplimiento en los contratos de construcción de obra, ejecución de hechos u otros análogos, norma que en su artículo 5° adicionalmente, entrega la potestad en cabeza de los Ministerios para declarar la caducidad en los siguientes términos: “Cuando no se haya estipulado causal de caducidad en los contratos mencionados en el artículo anterior” el Ministerio respectivo “podrá declarar esta, cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ellos y esta falta les sea imputable”. Más tarde con la expedición del acto legislativo 003 de 1910, se dan otros pasos en la materialización de la potestad sancionatoria del Estado que tenían relación indirecta con el tema contractual, entre ellos la toma de posesión en los contratos de concesión férrea (Naranjo *et al.*, 2009, p. 3)

Más adelante, las Leyes 63 de 1921 y 106 de 1931 extendieron los privilegios excepcionales de caducidad, la cláusula penal pecuniaria, buscando poner a tono la legislación nacional, de acuerdo con Naranjo y otros (2009) “con el desarrollo jurisprudencial en Francia” (p. 4), en donde ya se reconocía a favor del Estado la potestad de imponer multas de manera unilateral.

Años después, en 1941, se expide el Segundo Código Administrativo, en donde se señala expresamente en sus artículos 254 al 258, entre otras facultades excepcionales, la de “estipular forzosamente la cláusula de la caducidad en los contratos de obra pública, prestación de servicios, suministro de operaciones de crédito público y empréstito” (Ley 167 de 1941)¹⁰. Importante mencionar aquí, el avance norma-

¹⁰ El período comprendido entre 1955 y 1965, fue una etapa de amplio desarrollo legal frente a la potestad sancionatoria del Estado. En 1955, se expide el Decreto 351: “Estatuto Nacional de Compras” y el 1050: “Estatuto de Empréstito o de Operaciones de Crédito”, así como la Ley 4° de

tivo que significó la expedición del Decreto 528 de 1964, norma que positivizó la doctrina francesa prevalente para aquel momento y determinó a la cláusula de caducidad como una cláusula esencial de los contratos administrativos, con sus consecuentes implicaciones frente a la potestad sancionatoria de la administración (Expósito Vélez, 2013).

Ahora bien, en el año 1976 se expide en nuestro país el primer estatuto contractual, Decreto Ley 150 de 1976, bajo el Gobierno de López Michelsen, quien en uso de las facultades extraordinarias entregadas mediante la Ley 28 de 1974 (Peñaranda y Gualdrón, 2009), inicialmente expidió el Decreto 1670 de 1975, que duró vigente un día y posteriormente el Decreto 150 de 1976 (Solano, 2010).

Este decreto, que se aleja “del concepto de contrato privado y asume la concepción de contrato estatal” (Moreno, 2015), pasa a “regular los elementos del contrato: clases, cláusulas, formas de contratación estatal, capacidad de los contratantes, responsabilidad y terminación del contrato. Se recogen los poder exorbitantes regulados hasta la fecha para todos los contratos; caducidad, penal pecuniaria, garantías, multas, [...]” (Naranjo *et al.*, 2009, p. 4).

En el año 1983, se expide la Ley 19, que al igual que nuestro actual Estatuto de Contratación, es una norma de principios que “buscó dotar al Estado de instrumentos jurídicos indispensables para el manejo de los más importantes contratos, que es un signo de evolución del derecho administrativo, y responder a la dualidad de jurisdicciones con la dualidad de contratos” (Vidal, 2010, p. 364).

El Gobierno nacional en uso de las facultades conferidas por la Ley 19 de 1983 expide el Decreto Ley 222 de 1983, que refleja la concepción estatal del constituyente de 1886, caracterizada por el monopolio estatal, en donde los particulares colaboradores de la administración estaban sometidos a un régimen de fuertes exorbitancias, privilegios estatales, estrictos y rigurosos controles y reglamentaciones, desligado de la normativa comercial y civil, para otorgarle mayor autonomía al derecho público y, en últimas, para prolongar el modelo de un Estado interventor.

Esta norma materializó las potestades sancionatorias de la administración, al incluir la trilogía unilateral (terminación, interpretación y modificación) en sus artículos 18 y subsiguientes y hacer extensiva la cláusula de caducidad a los contratos privados. Así mismo, establecía sanciones a los proponentes que no suscribían el contrato en el plazo señalado por la entidad (art. 36), instauró cuales eran las

1965: “Estatuto sobre Obras Públicas”, donde igualmente se incorporan para este tipo de contratos la cláusula de caducidad, de imposición de multas y de garantías obligatorias, entre otras.

cláusulas que forzosamente tenían que incluir los contratos administrativos entre ellas lógicamente la penal pecuniaria, multas, garantía y caducidad (arts. 60 y 61), y en lo referente al trámite para decretar la caducidad, le daba la condición de título ejecutivo al acto administrativo que la decretaba cuando en el mismo se imponían multas, o se hacía exigible la cláusula penal (arts. 63 y 64), y reglamentaba lo referente a las garantías, multas y clausula penal, y permitía:

El cobro directo del siniestro, las multas y la penal pecuniaria en caso de incumplimiento [...] también es importante mencionar el poder público ligado al contrato administrativo para la toma de posesión y expropiación de bienes de los particulares (Naranjo *et al.*, 2009, p. 12).

En el año 1993 se expide la Ley 80¹¹, el tercer estatuto contractual de nuestro país, como resultado de la obsolescencia del anterior, específicamente por: a) la complejidad de la actividad del Estado y, por consiguiente, la necesidad de ampliar y regular diversos tipos de contratos y regímenes, b) la falta de unos principios orientadores para la actividad contractual del Estado, c) el impulso adquirido por la jurisprudencia en temas como los derechos y deberes de las partes, régimen de inhabilidades, el principio del equilibrio de la ecuación contractual, transparencia y publicidad de las decisiones oficiales, la participación comunitaria, d) los mecanismos de selección del contratista que ameritaban la regulación de las excepciones y mayor control en toda la actividad precontractual de las entidades estatales [...], e) evitar los vacíos legales que permiten el incremento de la corrupción, f) la creación de nuevos entes públicos no cobijados en el estatuto anterior y por último, g) la necesidad de establecer regímenes especiales, con reglas para cierto tipo de contratos (Naranjo *et al.*, 2009, p. 12).

La Ley 80, incluía las clausulas exorbitantes clásicas y adicionalmente dotaba a las entidades estatales de una capacidad de intervención subsidiaria a la caducidad, que permitía la imposición de multas y sanciones así como la toma de posesión de la obra por parte de la administración; facultad que se desarrolla con posterioridad en la Ley 1150 de 2007, específicamente en el artículo 17 (Sánchez, 2009,

¹¹ Esta norma incluye además, un régimen de exorbitancia amplio, situación que se originó en la aplicación de la norma al campo práctico, por la inclusión irrestricta y generalizada de las cláusulas exorbitantes y otras potestades de naturaleza sancionatoria en todos los contratos celebrados por las entidades públicas, a pesar de que dicha ley perseguía lo contrario; puesto que, como se señaló en su exposición de motivos, lo que se buscaba era la privatización del contrato estatal (Ley 142 de 1992, p. 10).

p. 29); regulándose además un procedimiento sumario, en el cual se establece el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales (Buitrago, 2014).

Hasta la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como lo señala Suárez Beltrán (2007), en nuestro país existían más de 97 procedimientos administrativos con los que contaba la administración en uso de sus facultades sancionatorias para garantizar el cumplimiento de sus fines y cometidos. Entre estos, se encuentra la potestad sancionadora, definida y reglamentada en diferentes normas y decretos expedidos entre la entrada en vigencia de la Constitución del 91 y dicha ley. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se buscó unificar todos esos procedimientos en uno solo, contemplado en el artículo 43. Empero, por la naturaleza misma del proceso sancionatorio contractual y por la necesidad de que el mismo fuera expedito, el legislador consagró un procedimiento administrativo sancionatorio contractual especial y reglado en la Ley 1474 de 2012: “Estatuto Anticorrupción”.

Marco jurídico de la audiencia de incumplimiento

Antes de la Ley 1437 de 2011¹², 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 particular¹³.

¹² De conformidad con el profesor Sánchez (2015), “un problema que ha ocupado a la doctrina jurídica colombiana desde hace algún tiempo es establecer con qué condiciones procede la acción de nulidad contra actos administrativos. Estas acciones generan situaciones particulares, concretas o subjetivas. Además, por la necesidad de resolver judicialmente ciertos eventos de la vida real, dichos actos crean, modifican o extinguen una relación jurídica específica y subjetiva. Lo anterior se debe a que una persona puede ejercer la acción de nulidad contra actos administrativos de índole particular y concreta. Con frecuencia, la persona no tiene en cuenta que con la sola nulidad se produce el restablecimiento de un derecho. Para la prosperidad de tal restablecimiento, es necesario que la persona verifique su legitimación como accionante, la observancia de presupuestos procesales como el agotamiento de la vía gubernativa y la no caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procedente” (p. 119).

¹³ 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

Sin embargo, desde la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983, se generaron en la práctica procedimientos sancionatorios que las entidades de manera discrecional incluían dentro de sus manuales de contratación o adquisiciones, en virtud de las facultades señaladas en los artículos 64, 71 y 72 del Decreto 222 de 1983, que concedían a las entidades sujetas a dicho estatuto, la potestad de declarar la caducidad del contrato (Buitrago, 2014) y hacer efectivas las multas y la cláusula penal mediante acto administrativo. El desarrollo de la facultad de imponer multas y la obligación de incluir la cláusula penal pecuniaria, generó que se crearan un sinnúmero de procedimientos de naturaleza sancionatoria, adoptados en los manuales de las distintas entidades, para hacerlas efectivas, que además de arbitrarios y discrecionales, generaron serios problemas de corrupción. Facultad que el legislador eliminó de manera tácita con la expedición de la Ley 80 de 1993, pues como lo señala Matallana (2013):

Esta norma no solo derogó el Decreto 222 de 1983, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria (p. 921).

En la práctica, por la redacción abierta del numeral 9 del artículo 25 de la Ley 80 y por la interpretación amañada de algunos funcionarios que se empeñaron en mantener con cláusulas excepcionales de aplicación unilateral, las cláusulas de multas y la penal pecuniaria, las entidades públicas siguieron expidiendo manuales de contratación, en donde se continuaron fijando procedimientos, para hacer efectivas las multas, cláusula penal y demás sanciones que se incluían en los contratos estatales principalmente los contratos de obra, amparados en varias pronunciamientos que el Consejo de Estado¹⁴ expidió en los primeros años de vigencia de la Ley 80, en donde

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 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), 2012).

¹⁴ Al respecto y de conformidad con Vargas (2017), es importante resaltar que: “La jurisprudencia constitucional es considerada como fuente formal y material del derecho en el sistema jurídico colombiano, de ahí procede su fuerza vinculante en las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. Este reconocimiento, derivado de la función judicial de la Corte Constitucional, no se da en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que el Consejo de Estado no se ha ocupado de una acuciosa expedición, recopilación y publicación de sentencias con carácter vinculante” (p. 119).

durante el análisis de procesos contenciosos administrativos, surgidos de contratos celebrados en vigencia del Decreto 222 de 1983, se avaló la posibilidad de la imposición unilateral de multas, así como de la cláusula penal pecuniaria y de otras sanciones¹⁵.

Es solo a partir del año 1998¹⁶ cuando esta alta corporación comenzó a conceptuar, vía autos¹⁷ expedidos en procesos por controversias contractuales surgidos en vigencia de la Ley 80 de 1993, sobre los alcances y modificaciones que el nuevo estatuto introdujo en materia de multas y cláusula penal. Y solo es a partir de 2002 cuando se empiezan a producir sentencias de fondo sobre el tema¹⁸.

Así las cosas, con esta postura jurisprudencial y otras en el mismo sentido, las audiencias de incumplimiento se fueron haciendo menos comunes como herramienta conminatoria o indemnizatoria y las entidades optaron por llevar todos

¹⁵ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Expediente: 9288, C. P. Daniel Suárez Hernández. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996). Expediente: 10151, C. P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13988. En igual sentido, entre otras: autos de 6 de agosto de 1998, exp. 14558; 14 de diciembre de 1998, exp. 14504; 13 de diciembre de 2001, exp. 19443.

¹⁷ En auto del 4 de junio de 1998, exp. 13988 citado anteriormente, esta corporación preceptuó: “Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional del derecho común y esta fue muy seguramente la razón por la cual la Ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal. En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley, ‘aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal’. Y el artículo 867 del Código de Comercio por su parte expresa: ‘Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse’. De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inexecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor”.

¹⁸ Importante en este punto, señalar el pronunciamiento de 2005, en el que el Consejo de Estado preceptuó que la Ley 80 de 1993 eliminó de la lista de cláusulas excepcionales la de multa y la penal pecuniaria, dejando la potestad de hacerlas efectivas en cabeza del juez natural del contrato, es decir, el juez contencioso administrativo en los siguientes términos: “ni en esta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado [...]” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579), 2005).

los conflictos contractuales ante los tribunales de arbitramento o ante los jueces administrativos. Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que como se dijo anteriormente, estableció expresamente en su artículo 17 la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, así como declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, y específicamente, del segundo Decreto reglamentario 2474 de 2008, en el que se reglamentó específicamente dicha facultad, las audiencias de incumplimiento renacen de manera generalizada en el quehacer administrativo contractual.

Esta misma norma faculta a las entidades sujetas al estatuto contractual para hacer efectivas dichas sanciones mediante mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva, situación jurídica que no estaba prevista en la Ley 80 de 1993, tal y como indicó el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de febrero de 2013:

En la Ley 80 de 1993, no existía una disposición habilitante que permitiera la aplicación de las multas pactadas por los contratantes, de manera unilateral por la administración pública, pues ello, como así aceptado de manera uniforme por la Sala, supone el ejercicio de una exorbitancia que desborda el marco establecido originalmente en la Ley 80 de 1993 (...) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199), 2013)¹⁹.

La Ley 1150 de 2007 entró en vigencia el 16 de enero de 2008 y el Gobierno nacional expidió el Decreto reglamentario 066 del 16 de enero de 2008, en el que no se mencionó la facultad conferida por el legislador en el artículo 17. Esta situación género que las entidades estatales siguieran acudiendo a la jurisdicción contenciosa administrativa para hacer efectivas multas y la cláusula penal, declarar siniestros e imponer otro tipo de sanciones aun cuando las mismas estaban expresamente consagradas en los contratos, por lo que a raíz de este y otros vacíos normativos contenidos en este primer decreto reglamentario, el Gobierno nacional expide más

¹⁹ No obstante, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solo se consagra la posibilidad de imponer las multas pactadas de manera unilateral por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse aun en atención de contratos celebrados, antes de la entrada en vigencia de esta ley siempre que en ellos se hubiere consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

de seis meses después el Decreto 2474 de 2008, vigente a partir del 7 de julio de 2008, norma que en su artículo 87 establecía un procedimiento de imposición de multas. De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, esta norma fue declarada nula por el Consejo de Estado, el cual se pronunció en referencia al tema específico de la facultad de establecer un procedimiento sancionatorio vía manual de contratación de cada entidad en los siguientes términos:

El procedimiento cuya especificación se confía a los manuales de contratación de las entidades estatales no es concerniente a la determinación de los de selección sino de aquel procedimiento mínimo necesario para que el contratista ejerza su derecho de defensa de manera previa a la imposición de una multa (Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, E. 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054) B., 2010)²⁰.

El artículo antes citado fue debatido y aprobado en su totalidad, convirtiéndose en el actual artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al que el legislador le incluyó un inciso final que no contenía el proyecto presentado por el Gobierno en el que se establece que: “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 de 2011)²¹.

²⁰ Con esta declaratoria, el Gobierno nacional presentó formalmente el 7 de septiembre de 2010, el proyecto de Ley 142 de 2010 denominado Estatuto Anticorrupción, el cual incluía en su artículo 82 la definición y procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

²¹ Frente al contenido del artículo en comento, cabe señalar varias cosas: 1) Este artículo institucionaliza un procedimiento especial sancionatorio en materia contractual, que se puede aplicar indistintamente en los casos de imposición de multas, de sanciones (diferentes a la caducidad) y declaratoria de incumplimiento. 2) Que dicho proceso se puede iniciar en vigencia del contrato como ocurre en el caso de las multas, o con posterioridad al mismo, aun en los casos en que ya se encuentre liquidado, como en los casos de incumplimiento poscontractual. 3) Es un trámite de una sola audiencia, en virtud del principio de concentración y con el fin de evitar las dilaciones injustificadas, sin embargo el mismo puede ser suspendido las veces que sea necesario siempre que se haga 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. 4) En el mismo participan el contratista y su garante, siempre que la garantía consista en una póliza de seguros, situación que es debatible en la medida en que desde el Decreto 4828 de 2008, se reconoció la posibilidad de garantía en los contratos estatales diferentes a las pólizas de seguro, por lo que limitar la participación del garante en la audiencia, o solo hacer obligatoria su participación en caso de que la garantía sea una póliza de seguros es un trato desigual para los demás garantes. 5) En la misma se deben cuantificar los perjuicios. 6) En la citación a la audiencia, es obligatorio hacer mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se

Tipos de sanciones derivadas de las audiencias de incumplimiento

Como se señaló previamente, respecto a la audiencia de incumplimiento²², esta es una audiencia de naturaleza correctiva o conminatoria que procura garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales. Así las cosas, el legislador en el texto del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contempló de manera taxativa tres tipos de sanciones derivadas de la declaratoria de incumplimiento, a saber: 1) imposición de multas, 2) clausula penal y, 3) otro tipo de sanciones contempladas en el contrato²³.

sustente la actuación, así como las demás pruebas que pretenda hacer valer la entidad y enunciar las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. 7) La audiencia debe ser presidida por el jefe de la entidad o su delegado, delegación que deberá cumplir con los requisitos legales. 8) Por tratarse de una audiencia concentrada y de naturaleza oral, las decisiones en ella tomadas se entenderán notificadas por estrados. 9) En la misma, se deben garantizar el derecho al debido proceso, en los términos y alcance de la Sentencia C-499 de 2015, y la participación en la misma se llevará a cabo en el siguiente orden: a) la entidad directamente o por medio del supervisor o interventor, b) el contratista y, c) el garante, el uso de la palabra será regulado por el jefe de la entidad o su delegado y deberá ser razonado y proporcional, para lo cual es recomendable fijar las reglas de la audiencia con anterioridad a su iniciación formal. 10) La audiencia podrá ser suspendida las veces que sea necesario cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. 11) Así mismo la ley prevé la potestad de dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento. 12) La audiencia culmina con una resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, en ella la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. 13) Dicha resolución constituye el siniestro para hacer efectivas las pólizas del contrato, en los términos del 2.2.1.2.3.1.1.19 del Decreto 1082 de 2015. 14) Contra dicha resolución únicamente procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto y resuelto en la misma audiencia, aclarando que contra dicha resolución proceden por regla general el medio de control de controversias contractuales en los términos del artículo 141 del C. P. A. C. A.

²² Es importante establecer como comentario adicional, que una vez ejecutoriado el acto administrativo sancionatorio en contravía de los intereses del particular, este debe gestionar la conciliación prejudicial, la cual, según Torres (2017), no es un mecanismo idóneo para lograr la descongestión judicial lo que ha vulnerado el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

²³ Vale la pena señalar que cuando el incumplimiento es parcial y sus efectos son corregibles o superables, se podrán imponer multas y hacer efectivas otro tipo de sanciones contempladas dentro del contrato siempre y cuando las mismas no impliquen *per se*, la terminación del contrato. Si se trata de un incumplimiento parcial o total, pero sus efectos son insuperables o incorregibles, se aplicará la cláusula penal u otro tipo de sanciones de carácter definitivo contempladas dentro del contrato,

Las multas 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, por lo que de la multa surge una obligación puramente económica.

La multa como sanción contractual administrativa tiene sus orígenes, como se dijo anteriormente, en el Decreto 150 de 1973 (Vidal Perdomo, 2010)²⁴, y hasta la expedición de la Ley 80 de 1993 fue considerada una cláusula excepcional más (Santofimio Gamboa, 2004)²⁵. Empero, con la privatización del derecho contractual administrativo que buscó la Ley 80 de 1993, las multas dejaron de ser parte de la exorbitancia contractual del Estado para convertirse en cláusulas contractuales comunes y convencionales. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y la facultad entregada a la administración para imponerlas unilateralmente²⁶, la naturaleza de la cláusula de multas volvió a matizarse.

Las multas tienen dos finalidades: pueden constituir sanción para el contratista por el incumplimiento en que incurrió, o convertirse en una medida coercitiva o conminatoria para obligarlo a que observe lo pactado y realice a satisfacción las obligaciones adquiridas en el contrato.

Frente a este tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado así:

La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no solo es precaver sino también sancionar el

así mismo que la norma permite la imposición de sanciones diferentes a las multas y cláusula penal. Pensemos por ejemplo en la toma de posesión del contrato como ocurrió en el proceso del Túnel de La Línea, o las compensaciones contractuales por demora, diferentes a las multas, o la efectividad de pólizas, en el caso de que se decreta un siniestro, se cuantifiquen los perjuicios y se hagan efectivas pólizas o cualquier otra pactada legalmente por las partes y contenida en el contrato. Sin embargo, en la presente investigación solo haremos una pequeña referencia a la imposición de multas y a la cláusula penal, por ser estas las dos sanciones más recurrentes y comunes y las que tienen asidero legal, reglamentario, doctrinal y jurisprudencial.

²⁴ Sobre el tema, ver página 368 y subsiguientes.

²⁵ Frente al tema y la evolución de la acción de controversias contractuales, ver página 227 y subsiguientes.

²⁶ Como lo señala el Consejo de Estado, las multas son en esencia: “Una sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, S. 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875), 2014).

incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 54001-23-31-000-1993-08742-01(17259), 2011).

Frente al tema específico de quién tiene que decretarlas y en qué tiempo, se debe señalar, que hasta 1993, la competencia en virtud de los dos estatutos anteriores, Decreto 150 de 1973 y Decreto 222 de 1983, está en cabeza de las entidades públicas, las cuales podían imponerlas de manera unilateral sin que existiera un procedimiento específico para dicho fin, únicamente se señalaba en el artículo 60 del Decreto 222 de 1983 que debía hacerse mediante resolución motivada y someterse a las normas previstas en el artículo 64²⁷ del mismo estatuto, es decir, que se les aplicaba el mismo procedimiento establecido para la declaratoria de caducidad.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80, esta prerrogativa del Estado se acabó, pues como en su momento lo sostuvo el Honorable Consejo de Estado:

La facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579), 2005).

Por lo que al no poderlas incluir unilateralmente, lógicamente su imposición²⁸ salvo manifestación contractual en contrario, sería de competencia del juez natural²⁹.

²⁷ El artículo 64 del Decreto 222 de 1983 establecía “Artículo 64. De la declaratoria de caducidad. La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso [...]. La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutive [...]. Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de notificación o de su publicación”.

²⁸ Frente a su imposición, es importante señalar que desde el Decreto 150 de 1973, se ha mantenido vigente la tesis jurisprudencial de que las multas solo “Pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de estas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), 2013).

²⁹ Sin embargo, hay que aclarar que esta situación, como se ha señalado, cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, por lo que en la actualidad las entidades pueden incluir la cláusula

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a las entidades para declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, trámite que igualmente debe realizarse con arreglo a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así las cosas, es importante señalar que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales son cláusulas reguladas por el derecho común (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342), 2004), por lo que se encuentran reguladas en el ordenamiento comercial y civil.

El Código Civil colombiano trata la cláusula penal pecuniaria en los artículos 1592 y subsiguientes, definiéndola en los siguientes términos: “Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”³⁰.

Los chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2004), señalan en su obra la naturaleza especial de la cláusula penal y la definen así: “En forma breve puede definirse la cláusula penal como la estipulación en que las partes de un contrato convienen que en caso de incumplimiento o de retardo por uno de los contratantes, este quedará obligado a efectuar determinada prestación” (p. 328).

Así las cosas, es claro que 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 período de liquidación del contrato, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado

de multas en los contratos estatales y hacerlas efectivas mediante el trámite consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

³⁰ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 7 de octubre de 1976, definió y caracterizó la cláusula penal pecuniaria como pasa a resaltarse: “[...] 1. En lo atinente a la estimación de los perjuicios estos pueden ser regulados por la ley, el juez, o la convención. La primera hipótesis ocurre cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero (Art. 1617 del C. C., 883 y 884 del C. C.). La segunda tiene lugar cuando le corresponde al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convención (Art. 1613 del C. C.). La tercera y última hipótesis se configura cuando las mismas partes contratantes lo fijan en el negocio jurídico (Art. 1592 y s. s. del C. C.). [...] 2. La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley ‘es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal’ (Art. 1592 del C. C.)”. Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o de caución, o de estimación anticipada de perjuicios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Tomo I, 2007, p. 817 y s. s.).

en varios pronunciamientos, tales como la sentencia del 22 de octubre de 2012 y ponencia de la doctora Olga Mélida Valle de la Hoz, 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 aquel 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 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 2500023260001997500601 (23360), 2012).

Por lo que 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 debido a los límites de las facultades otorgadas.

La audiencia de incumplimiento en la Gobernación de Boyacá y las deficiencias procedimentales y normativas que en ella se presentan

La Gobernación de Boyacá, como una entidad sujeta al régimen general de contratación, por su naturaleza de órgano descentralizado territorial, cuenta con un manual de contratación en el que reposan los lineamientos procedimentales administrativos internos con los que rigen y complementan los postulados legales contemplados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 019 de 2012, la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015.

Este acto administrativo (Resolución 00012, 2016), establece como objetivo:

Fijar estándares, lineamientos, procedimientos, pautas de seguimiento, de evaluación y control de la actividad contractual que adelanta la Gobernación de Boyacá, para que todos los actores que intervienen (servidores públicos y contratistas) en el proceso de gestión contractual, cuenten con un instrumento práctico que facilite

de manera clara el proceder en su actividad contractual, reconociendo los derechos, obligaciones y responsabilidades de quienes participan en el proceso.

Así mismo, señala que la Dirección de Contratación, una dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda, es la encargada de adelantar y tramitar el procedimiento de “procesos sancionatorios contractuales, cuyo desarrollo se efectúa bajo la vigilancia y las directrices impartidas por la Secretaría”³¹. Ello, en virtud de la obligación contenida en el literal b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Frente al tema específico que nos atañe, establece el Decreto 00012 de 2016 en sus consideraciones, que:

De conformidad con la estructura organizacional de la Gobernación de Boyacá, y siendo la Dirección de Contratación una dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda, esta es la encargada de adelantar y tramitar el procedimiento de “Procesos sancionatorios contractuales”, cuyo desarrollo se efectúa bajo la vigilancia y las directrices impartidas por la Secretaría.

En el contenido del manual de contratación, más adelante igualmente se señala que:

Nuestro proceso sancionatorio se enmarca dentro de la desconcentración funcional, entendida cuando las autoridades superiores conceden funciones a las inferiores sin que exista desplazamiento físico, es decir, son ejercidas en el mismo territorio: es además en cierta medida, la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa.

Frente a dichos postulados, posteriormente se harán algunas apreciaciones que resultan pertinentes.

En el acto de delegación de 2009, se establece entre otras cosas, que en virtud de dicho acto se delegan las funciones de: h) Imponer sanciones y multas de orden

³¹ Dicha delegación se materializó mediante la expedición del Decreto 1447 del 19 de marzo de 2009, “Por medio del cual el gobernador de Boyacá delega al secretario de Hacienda del departamento la competencia para celebrar contratos, realizar licitaciones, concursos o convocatorias y en general los procedimientos pre y poscontractuales contemplados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas legales vigentes aplicables”.

contractual. De conformidad con la estructura organizacional de la Gobernación de Boyacá, y siendo la Dirección de Contratación una dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda, esta es la encargada de adelantar y tramitar el procedimiento de “Procesos sancionatorios contractuales”, cuyo desarrollo se efectúa bajo la vigilancia y las directrices impartidas por la Secretaría.

Por otra parte, en el proceso Gestión contractual se ha documentado el procedimiento denominado “Procedimientos Administrativos Contractuales - GC-P-11”, el cual hace parte integral de este manual y aplica para todos los contratos y convenios en los cuales se encuentre pactada la cláusula de multas y sanciones, con el propósito de conminar al contratista o entidad parte del convenio, al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato o convenio suscrito (Gobernación de Boyacá. Código GC-P-11, p. 1).

Dicho procedimiento, que entró en vigencia el 21 de marzo de 2017, modificó el anterior procedimiento contenido en la tabla de procedimiento GC-P-05, denominada Procesos sancionatorios contractuales; el cual fue modificado de manera poco acertada a raíz de un proceso de auditoría llevado a cabo por la Oficina de Control Interno de la Gobernación en el mes de enero de 2017.

Este nuevo procedimiento señala entre otras cosas que su objeto es el de conminar o requerir al contratista o entidad parte del convenio, a que dé cumplimiento oportunamente a sus obligaciones contractuales o en su defecto proceder a la declaratoria de incumplimiento, la imposición de multas, la caducidad del contrato o la declaratoria de siniestro, o la terminación del contrato o convenio, según haya lugar. Así mismo, liquidar unilateralmente los contratos o convenios en los que, una vez realizados los trámites o acercamientos por el supervisor o interventor, no es posible su liquidación de manera bilateral por diferencias entre las partes (Gobernación de Boyacá. Código GC-P-11, p. 1).

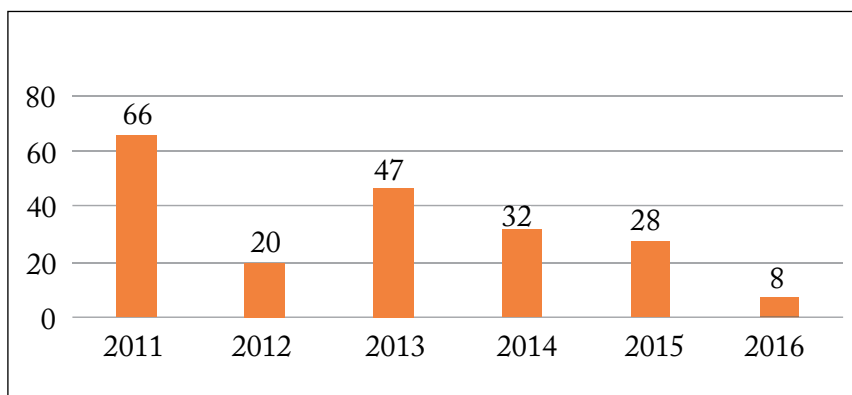
Es decir, que se aplica indistintamente en una serie de situaciones contractuales no previstas en la Ley 1474 de 2011, a pesar de que frente a las mismas como es el caso de la declaratoria de caducidad, dicho trámite no proceda.

Es importante señalar cómo este documento establece que el procedimiento en comento procede igual para procesos sancionatorios o para la terminación, y define un trámite administrativo que se suple en trece etapas, trámite que, como se verá posteriormente, peca de simplista e inexacto.

Hasta antes de la entrada en vigencia de dicho documento, la Gobernación de Boyacá, hacía uso como se dijo anteriormente del procedimiento contenido en el

formato GC-P-05, un procedimiento que, aunque presentaba varias inexactitudes conceptuales, era más garantista y adecuado al trámite señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Según datos suministrados por la Subdirección de Contratación de la actual administración departamental, la cantidad de procesos contractuales iniciados a los contratos suscritos en el período enero de 2011 a junio de 2016, se observan en la Figura 1.



Fuente: información suministrada por la Oficina de Contratación de la Gobernación de Boyacá.

Figura 1. Procedimientos administrativos contractuales

De la información presentada en la Figura 1, se puede apreciar cómo el mayor número de solicitudes de audiencias para la iniciación del proceso sancionatorio se presentaron en el año 2011, con 66 solicitudes. Así mismo, la Figura 1 indica que en el año 2012 esta cifra disminuyó considerablemente, al pasar de 66 a 20 solicitudes, resultado que concluimos se da por la entrada en vigencia del Estatuto Anticorrupción, expedido el 12 de junio de 2011, el cual, en su artículo 86, establece un claro procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Así mismo, se puede concluir que en el año 2016 se presentó el menor número de casos con tan solo 8 solicitudes aceptadas de las 11 presentadas; además, la Figura 1 evidencia que las solicitudes de incumplimiento vienen decreciendo desde el año 2013.

Como se señaló anteriormente, la Dirección de Contratación del Departamento de Boyacá, con el fin de disminuir los plazos del proceso y lograr más celeridad en el mismo y garantizar la efectividad en el procedimiento, sustituyó el procedimiento denominado “Procesos Sancionatorios Contractuales - GC-P-05” por el “Procedimientos Administrativos Contractuales - GC-P-11”, este procedimiento entró en vigencia a partir del 21 de marzo de 2017.

En un análisis comparativo entre los procedimientos, se pudieron encontrar los siguientes cambios: 1). Alcances: en el nuevo formato (GC-P-11), el alcance esta subdividido en: a) sancionatorio, b) declaratoria de terminación del contrato o convenio y, c) liquidación unilateral, aunque en él, se establece un mismo procedimiento para el proceso sancionatorio y el de declaratoria de terminación. 2). Desarrollo. En el formato anterior (GC-P-05), se daba la posibilidad de solicitar audiencia de proceso sancionatorio, inclusive cuando el inconveniente fuera que las partes no hubiesen suscrito acta de liquidación. Para este nuevo formato, se realiza un procedimiento cuando la solicitud se hace por proceso sancionatorio y de terminación y otro cuando lo solicitado es proceso de liquidación unilateral. 3) Como se señaló anteriormente, en el año 2016 (Boyacá, s. f.), se iniciaron 8 procesos sancionatorios contractuales que fueron tramitados mediante audiencias de incumplimiento, de los cuales 4 culminaron con la expedición de resolución sancionatoria, estos procesos serán objeto de análisis en el presente artículo con el fin de identificar las deficiencias normativas que se presentaron en dichas audiencias.

Como el eje temático del presente artículo gira en torno a las “deficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la Gobernación de Boyacá, en los contratos celebrados en la vigencia 2011-2016”, procederemos a analizar el trámite sancionatorio contemplado en el formato GC-P-05, ya que es este procedimiento el que está vigente en el período de estudio.

Iniciemos por señalar que dicho procedimiento fue adoptado por la Gobernación de Boyacá en el año 2009, en el año 2011 sufrió su primera modificación (versión 1 vigente desde el 23 de agosto de 2011) por la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011. En esta primera versión se modificó el objeto, alcance, definiciones, políticas de operación, así como el flujograma y desarrollo del procedimiento para armonizarlo con lo señalado en el artículo 86 Ley 1474 de 2011.

En el año 2012 se expide la versión 2 (vigente desde el 8 de diciembre de 2012). En ella nuevamente se modificó el alcance, definiciones, flujograma y desarrollo

del procedimiento, a raíz de una serie de imprecisiones conceptuales que la primera versión contenía.

Con el fin de diferenciar el procedimiento sancionatorio a seguir en los contratos y en los convenios, a raíz de que en estos últimos no se incluía la cláusula de multas y sanciones, en el entendido de que al tratarse de un negocio jurídico de colaboración estas no procedían, se elaboró en el año 2014 la versión 3 (vigente desde el 8 de enero de 2014), versión que como se dijo anteriormente modificó el procedimiento con el fin de diferenciar el proceso sancionatorio para contrato y convenio, adecuándolo al ejercicio propio de la Dirección de Contratación. Así mismo se modificó nuevamente el objeto, alcance, se incluyeron algunas definiciones y se actualizó la política de operación y el desarrollo. Con esta versión se crean dos formatos asociados al procedimiento.

En ese mismo año, en el mes de septiembre, se expide la versión 4 (vigente desde el 9 de septiembre de 2014), en ella, de manera acertada a nuestro modo de ver, se crea una instancia previa al trámite sancionatorio denominada audiencia de verificación. Sin embargo, también hay que señalar que se incluyeron algunos elementos ajenos al proceso sancionatorio: las actividades relacionadas con la liquidación unilateral, por lo que nuevamente se actualizó el objeto, alcance, flujograma y políticas de operación.

Posteriormente y a raíz de algunos inconvenientes que se venían presentando frente a la rigurosidad jurídica de las resoluciones de incumplimiento proferidas, se expide la versión 5 (vigente desde el 23 de diciembre de 2014). En esta versión, se señalan expresamente las circunstancias contractuales que dan origen a la iniciación del trámite sancionatorio y se incluyeron dos etapas adicionales, con el fin de garantizar que en el proceso de expedición de las actas de liquidación unilateral participara un profesional en derecho que verificara su legalidad.

En el año 2015 se expide la versión 6 (vigente desde el 20 de mayo de 2015), con la cual se modificó el procedimiento para complementar las políticas de operación y las actividades relacionadas con liquidaciones de contratos o convenios.

Finalmente, ese mismo año, se expide la última versión (versión 7) la cual estuvo vigente desde el 16 de julio de 2015 hasta el 21 de marzo de 2017. En ella se modificó el procedimiento para incluir las definiciones de incumplimiento, liquidación y verificación.

Ahora bien, del análisis del procedimiento contenido en la última versión del procedimiento GC-P-05 “Procesos Sancionatorios Contractuales”, se debe señalar lo siguiente:

1) El procedimiento presenta error desde la definición misma de su alcance pues establece el mismo trámite para los contratos (negocios jurídicos sinalagmáticos) como para los convenios (negocios jurídicos de colaboración)³², falencia que había sido resuelta en la versión 3, pero que fue modificada en la versión 4, con el fin de unificar los procedimientos. 2) Se establece igualmente que mediante dicho procedimiento se puede declarar la caducidad del contrato, a pesar de que, como se señaló anteriormente, frente a la procedencia del trámite sancionatorio especial contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado³³ ha señalado que esta sanción por su naturaleza, y sus consecuencias en extremo onerosas para el contratista, debe surtirse por el procedimiento sancionatorio especial del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contemplado en los artículos 47 y subsiguientes de dicho código. 3) Se llevaba a cabo el procedimiento en contratos que estaban suspendidos, lo que ocasionaba continuas solicitudes de revocatoria del acto de apertura del procedimiento sancionatorio por improcedencia del ejercicio de las facultades excepcionales de declarar incumplimiento del contrato (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. E. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), 2013). 4) El procedimiento establece la declaratoria de siniestro, como otra consecuencia separada de la declaratoria de incumplimiento, cuando la declaratoria del siniestro es una consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, que se da en los contratos amparados por garantía alguna, siempre que la misma este vigente. 5) Igualmente en su alcance confunde la materialización de las potestades excepcionales contractuales (terminación unilateral), que se da únicamente en los casos contemplados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, con la materialización de las cláusulas comunes contractuales de imposición de multas y sanciones. 6) Señala que el procedimiento sancionatorio aplica igualmente cuando se van a “liquidar unilateralmente los contratos o convenios en los que una

³² Frente al tema, ver Acosta Risueño, Y. (2016).

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) C. P. Enrique Gil Botero. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de octubre de 2012, expediente 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738) C. P. Enrique Gil Botero.

vez realizados los trámites o acercamientos por el supervisor o interventor no es posible su liquidación de manera bilateral por diferencias entre las partes” (formato GC-P-005), interpretación que a nuestro modo de ver es errada, en la medida en que la entidad no requiere agotar el trámite señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuando debe proceder a liquidar unilateralmente un contrato por renuencia del contratista. 7) El trámite en comento según se puede observar en el mapa de procesos, es presidido por el director administrativo de la Dirección de Contratación, a pesar de que frente al mismo no existe un acto de delegación de funciones, pues como se señaló anteriormente la delegación en los términos del Decreto 1447 del 19 de marzo de 2009, para presidir dichas audiencia, haciendo un análisis armónico con el contenido del artículo 86 del Decreto 1474 de 2011, estaría en cabeza del titular de la Secretaría de Hacienda Departamental. 8) En los procedimientos sancionatorios donde se presentó cambio de interventor o de supervisor, se desarrolló el procedimiento sin convocar a los antiguos interventores y supervisores, únicamente con la presencia de quienes fungían como tales, para la fecha de la audiencia, lo que generó la solicitud de nulidades procesales invocando la falta de legitimidad de dichos funcionarios para certificar situaciones de posible incumplimiento, por fuera del término en que ejercieron las funciones³⁴. 9) El procedimiento establecido en el formato GC-P-05, era excesivamente garantista al punto de establecer en el paso 7 que: “En caso de no presentarse el contratista a la audiencia citada sin que medie justificación con prueba siquiera sumaria de una justa causa, dentro de los 3 días siguientes a la celebración de la audiencia se procederá a citar por segunda vez al contratista y al defensor de oficio. Lo anterior con el fin de garantizar el debido proceso y celeridad en los procedimientos administrativos³⁵”. 10) Así mismo, en dicho procedimiento se estableció la posibilidad de solicitar la suspensión de la audiencia para verificar el cumplimiento de los compromisos o plan de choque pactado en el plazo establecido para ello. Esta situación generó que los trámites se prolongaran más de lo normal, además incluyó una causal de suspensión de la audiencia que no se encuentra consagrada en el tenor del artículo

³⁴ Al respecto, ver el trámite sancionatorio iniciado al contrato 002041 de 2011 celebrado entre el departamento de Boyacá y el consorcio C y G cuyo objeto es: “El mejoramiento y pavimentación de la vía Piedra Gorda – Briceño – Tunugua, longitud 2.0 km, departamento de Boyacá”.

³⁵ Esta situación generó en la práctica demoras injustificadas en el trámite y dilaciones continuas por parte del contratista, porque la Gobernación al definir este trámite, incluyó elementos ajenos al procedimiento sancionatorio contractual como el nombramiento del defensor de oficio, trámite que enturbió dicho proceso.

86 de la Ley 1474 de 2011, que en la práctica se volvió una situación recurrente ya que en la mayoría de las audiencias, los contratistas solicitaban se les permitiera tomar algunas medidas para superar la situación de incumplimiento (planes de choque), que en la práctica se convirtieron en una estrategia muy usada para evitar la imposición de multas por incumplimiento. 11) Por otra parte, y frente a la imposición del recurso de reposición, el procedimiento establecía, como lo señala la norma, que los mismos debían interponerse en la misma audiencia. Sin embargo, nuevamente asumiendo una posición extremadamente garantista señala que la audiencia “podrá ser suspendida por solicitud de parte para sustentar el recurso interpuesto o por la entidad para resolver el recurso, caso en el cual deberá fijarse fecha y hora para la continuación de la misma”.

Este conjunto de situaciones que establecía el procedimiento como causales válidas para suspender la audiencia, generó que los contratistas hicieran uso injustificado de las mismas con el único fin de utilizar el término de suspensión para ponerse al día en sus obligaciones, y buscar el decaimiento del acto administrativo sancionatorio por la desaparición de un presupuesto de hecho o sobre los cuales se basó el trámite sancionatorio³⁶.

Estas falencias que desdibujaban la legalidad del procedimiento administrativo sancionatorio contemplado por la Gobernación de Boyacá para materializar la audiencia de incumplimiento contractual, con la nueva versión adoptada por la entidad mediante el procedimiento GC-P-11 “Procedimientos Administrativos Contractuales”, en vez de superarse, se agravan; puesto que el nuevo trámite, además de seguir conteniendo muchos de los errores y deficiencias normativas y procedimentales antes señaladas, limita de manera ostensible el del debido proceso a favor del contratista consagrado como piedra angular de las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual, limita el trámite de 37 a 13 pasos, aunque avanza positivamente al dividir el trámite sancionatorio contractual del trámite de terminación unilateral y del proceso de liquidación unilateral.

³⁶ Esta situación se presentó en varios procedimientos sancionatorios entre ellos el iniciado con ocasión al presunto incumplimiento del contrato 1848 de 2011, cuyo objeto era la “construcción de la cancha de fútbol, Villa Olímpica, municipio de Pesca, Departamento de Boyacá”, trámite en el que se llevaron a cabo varias audiencias de incumplimiento que culminaban con el archivo porque el contratista se ponía al día en las obligaciones dentro de los plazos de suspensión de la audiencia, sin que contra el mismo se hubiera impuesto sanción alguna.

Hacia una audiencia de incumplimiento contractual efectiva y eficiente pero garante del derecho al debido proceso

Como se señaló anteriormente, a partir del 21 de marzo de 2017 la Gobernación de Boyacá, dando cumplimiento a las recomendaciones propuestas por la Oficina de Control Interno como resultado del proceso de auditoría al procedimiento denominado genéricamente “Procesos Sancionatorios Contractuales”, eliminó del mapa de proceso de la entidad dicho procedimiento GC-P-05 y creó uno nuevo que a su modo de ver, sería más general, efectivo y eficiente, denominado genéricamente “Procedimientos Administrativos Contractuales” y codificado como GC-P-11.

Este procedimiento, como se advirtió anteriormente, peca por ser extremadamente minimalista y general, situación que en la práctica lo pudo hacer más eficiente, pero a futuro lo hará menos eficaz.

Frente al mismo y solo con fines académicos, señalaremos que de manera acertada separa el trámite sancionatorio del trámite de terminación unilateral y del de liquidación unilateral. Sin embargo, frente al trámite de terminación unilateral, desconoce que el mismo es producto de la materialización de una potestad excepcional de la administración que se tipifica en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y que por ende, solo puede materializarse cuando se generan una o varias de las cuatro causales definidas taxativamente por el legislador, para que proceda dicha facultad.

Así mismo, el nuevo trámite propuesto no discrimina entre contratos y convenios (administrativos, de colaboración, de asociación, etc.), lo que en la práctica generará que se presenten actuaciones viciadas por falta de competencia o por el uso indebido del procedimiento administrativo contractual.

Por otra parte, permanece el error conceptual de considerar que dicho proceso es el adecuado para decretar la caducidad del contrato, desconociendo como se ha repetido, lo sentenciado frente al tema por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Aunado a ello, el nuevo procedimiento limitó ostensiblemente las actuaciones con las que la entidad materializaba el debido proceso reconocido a favor del sancionable o sancionado (en este caso el contratista), en cualquier trámite sancionatorio, al punto que prescribe que dicho trámite solo podrá ser suspendido una vez, desconociendo la realidad y naturaleza misma del procedimiento e imponiendo la obligación al operador administrativo que dirige la actuación a tomar una decisión

de fondo, una vez reanudada la audiencia, sin contemplar que la norma no limitó dicha potestad, únicamente la reglamentó en el sentido de condicionarla a que dicha suspensión “resulte en su criterio necesaria 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”³⁷.

Así las cosas, consideramos que fue poco acertada la modificación sufrida en el procedimiento con la adopción del proceso GC-P-11 y la supresión del proceso GC-P-05, por ello procederemos a presentar algunas recomendaciones que a nuestro modo de ver, llevarían a que en la práctica las audiencias de incumplimiento iniciadas por la Gobernación de Boyacá fueran más eficientes, sin dejar de lado la eficacia y guardando un celoso respeto por los derechos procesales del contratista, dándole la naturaleza que la Ley 80 de 1993 le quiso dar a este, al mutar su condición de parte o extremo de la relación contractual a la de colaborador de la administración³⁸.

Iniciemos por señalar que cualquiera sea la denominación que se le dé, el trámite sancionatorio contractual debe manejarse de una manera muy especializada por su naturaleza misma, por ello consideramos que es menester de la Gobernación de Boyacá proceder a estructurar un trámite específico para los procesos sancionatorios contractuales y los procesos sancionatorios convencionales y dividir este último en proceso sancionatorio para: 1) convenios sujetos al Estatuto General de Contratación y, 2) para convenios no sujetos al Estatuto General de Contratación.

Así mismo, se debe diferenciar entre el trámite de terminación unilateral y el de liquidación unilateral, y legalizar la situación administrativa, que faculta al director de Contratación de la entidad para presidir la audiencia, lo que se lograría con la expedición de un acto de delegación en el que el ordenador del gasto, en este caso el gobernador, suspendiera la delegación de funciones contempladas en el literal h del Decreto 1447 del 19 de marzo de 2009 y las delegara directamente en el director de Contratación.

³⁷ Literal d, artículo 86, Ley 1474 de 2011.

³⁸ Frente al tema, ver Chávez Marín, A. R. (2012).

Conclusiones

Es necesario replantear la estructura del procedimiento sancionatorio contractual que actualmente se utiliza en la Gobernación de Boyacá y que se encuentra definido en el formato GC-P-11, ya que en el mismo, como se ha demostrado a lo largo del presente artículo, se presentan una serie de situaciones procedimentales y algunas deficiencias normativas que a la prostre pueden generar un aumento en la litigiosidad contra la entidad.

La situación administrativa por la cual la Secretaría de Hacienda delega a la Dirección de Contratación adelantar y tramitar el procedimiento de “Procesos Sancionatorios Contractuales”, requiere de una delegación formal por parte del gobernador en su condición de jefe de la entidad, ya que dicha situación sería una nueva delegación de funciones delegadas, hecho que requiere de una autorización expresa por parte del primer delegante, autorización que para el caso de la Gobernación de Boyacá, no existe.

Se debe limitar el objeto del procedimiento actual y diseñar un proceso o subproceso para la liquidación del contrato, dividiéndolo en bilateral y en unilateral. Así mismo, proceder frente a la declaratoria de terminación unilateral.

Consideramos que antes de proceder a iniciar el trámite sancionatorio, se requiera del concepto favorable de un comité técnico conformado por profesionales de la entidad con conocimientos técnicos y jurídicos, que permitan definir si las aseveraciones hechas por el supervisor o interventor en su informe son procedentes para iniciar el trámite sancionatorio.

De igual manera, se pretenden establecer procedimientos separados dependiendo de la naturaleza del negocio jurídico, de las partes y de la sanción a imponer, con el fin de evitar aplicar normas procedimentales erradas y desconocer los derechos y garantías de los extremos contractuales.

El procedimiento sancionatorio se encuentra definido en el formato GC-P-11 y el mismo adolece de errores conceptuales, que generarían vicios de forma y de fondo en los actos administrativos sancionatorios que se expidan con ocasión a dicho procedimiento, por lo que se recomienda tomar en consideración las apreciaciones hechas a lo largo del presente artículo de investigación, haciendo las correcciones del caso y adoptando un procedimiento en el que no se cercenen los derechos del contratista sancionado, con el único fin de hacer el procedimiento más expedito y concentrado.

Referencias

- Acosta Risueño, Y. (2016). *Régimen jurídico aplicable a los contratos y convenios del artículo 355 de la Constitución Política y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998* (tesis de maestría). Universidad Santo Tomás, Bogotá D. C., Colombia. Recuperado de <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/1821>
- Alessandri, I., Somarriva, A., y Vodanovic, A. (2004). *Naturaleza especial de la cláusula penal*. Santiago de Chile, Chile: Ley y Derecho.
- Blanco, C. (2017). Editorial. Revista *IUSTA*, 2(47), 13. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3813/3752>
- Briceño, L. A., y Morales, M. A. (2015). Desafíos de la política pública colombiana frente a la transferencia de resultados de investigación universitaria. Revista *Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(1), 43-86. Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2446/2386>
- Buitrago, L. (2014). *El procedimiento sancionatorio contractual*. Bogotá D. C., Colombia: Dike.
- Camero, G. (2015). Evoluciones recientes de la contratación pública en México. Revista *IUSTA*, 1(42), 45-71. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2481/2417>
- Chávez Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Congreso de la República. (2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D. C., Colombia.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (1998). Auto del 24 de septiembre, Exp. 14.821. Bogotá D. C., Colombia.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). Auto del 24 de julio, Exp. 18.091. Bogotá D. C., Colombia.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2003). Sentencia del 29 de mayo 29, Exp. 18.091. Bogotá D. C., Colombia.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2012). Expediente 20738, C. P. Enrique Gil Botero; 22 de octubre de 2012, Bogotá D. C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (28 de abril de 1994). Sentencia C-214, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de julio de 2002). Sentencia C-506, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- De Vivero, F. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*, Bogotá D. C., Colombia: Ediciones Uniandes.

- Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Leudo Paz, H. R., y Blanco Alvarado, R. C. (2015). Renegociación de contratos de concesión vial. Revista *Republicana*, 2(19), 171-192. Recuperado de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/254/226>
- Ley N° 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial N° 41.094 de la República de Colombia. Bogotá D. C., Colombia, 28 de octubre de 1993.
- Ley N° 1150. 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. Diario Oficial N° 46.691 de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 16 de julio de 2007.
- Ley N° 1474. 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. Diario Oficial N° 48.128 de la República de Colombia, Bogotá D. C., Colombia, 12 de julio de 2011.
- Matallana, E. (2013). *Manual de contratación de la administración pública, reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. Revista *Verba Iuris*, 1(35), 65-84. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/2-noticias/noticias/569-la-regla-o-el-principio-de-la-seleccion-objetiva-en-la-contratacion-publica-colombiana>
- Molina, S. (2017). ¿Qué busca el Estado con una política pública? Dinámica de las políticas públicas y los valores entre las instituciones estatales. Revista *IUSTA*, 1(46), 63-84. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3526/3416>
- Naranjo Flores, Ardila Pérez, Serrano Castellanos, Sibaqué Vásquez *et al.* (2009). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis S. A.
- Nieves, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: análisis desde la etapa precontractual. Revista *Verba Iuris*, 1(37), 13-24. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/37/seleccion-objetiva.pdf>
- Peñaranda, L., y Gualdron, A. (2009). *La contratación estatal*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez, T. (2007). *Postura de la Corte Constitucional colombiana en relación con el poder sancionador de la administración*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte.

- Sánchez, M. (2009). *Regulación jurídica de la contratación pública en Colombia*, Bogotá D. C., Colombia: Alternativa Gráfica Ltda.
- Sánchez, N. (2015). Los motivos y las finalidades de la acción de nulidad y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: el debate subsiste. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(1), 119-152. Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2448/2388>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Sotelo Rojas S. P. (2013). La participación del garante en el procedimiento sancionatorio contractual y en las declaratorias de incumplimiento: una obligación incoherente. *Revista Verba Iuris*, (29), 161-180. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/21-noticias/articulos-de-revista-verba-iuris/501-la-participacion-del-garante-en-el-procedimiento-sancionatorio-contractual-y-en-las-declaratorias-de-incumplimiento-una-obligacion-incoherente>
- Solano, M. (2010). *Las cláusulas excepcionales en los contratos estatales*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Suárez Beltrán, G. (2007). *Reforma al estatuto general de contratación de la administración pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis S. A.
- Torres, G. (2017). La conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad en la jurisdicción administrativa. *Revista IUSTA*, 2(47), 119-142. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1900-0448.2017.0047.05>. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3809/3748>
- Vargas, S. (2017). La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista IUSTA*, 1(48), 119-144. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.05>. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4089/3884>
- Vidal Perdomo, J. (2010). *Derecho administrativo*. 13ª edición, 2ª reimpresión. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Legis S. A.