



SECOP II – Definición – Carácter transaccional – Gestión en línea – Deber

El SECOP II, [...], es una plataforma *transaccional*, que permite gestionar en línea los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública.

[...]

Sobre la utilización de SECOP II, es necesario aclarar, por tanto, que en esta plataforma el procedimiento contractual se debe desarrollar en línea, conformándose un expediente electrónico. Esto denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, o sea que está integrado por documentos escritos y físicos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

SUSPENSIÓN – Concepto – Circunstancias – Plazo contractual

La *suspensión* es la medida por la cual se acuerda el cese provisional de la ejecución del contrato, por la ocurrencia de circunstancias que lo impiden o lo dificultan. Las razones de aquella pueden ser de orden técnico, jurídico o económico. En la medida de lo posible, las entidades estatales, durante la fase de planeación debe precaver los riesgos que pueden afectar la ejecución normal del contrato, pero esto no elimina la probabilidad de que ocurran sucesos posteriores y extraordinarios que lleven a las partes a acordar la suspensión o que paralicen el contrato *de facto*, mientras se resuelven las situaciones que están incidiendo negativamente en el desarrollo del negocio o que lo están tornando imposible.

SUSPENSIÓN – Metodología – Condición – Término – Reinicio automático

Como se observa, en los negocios jurídicos –siendo el acta de suspensión uno de ellos, porque se trata de un acuerdo de voluntades para crear obligaciones– las entidades pueden incorporar las *condiciones* y *cláusulas* que sean necesarias y convenientes. Pues bien, de conformidad con los artículos 1530 y siguientes del Código Civil –que establecen las condiciones o términos a los que pueden sujetarse las obligaciones, y que se aplican por la remisión que hacen los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 a las normas comerciales y civiles–, en el acta de suspensión puede estipularse que el plazo de ejecución del contrato se reactivará cuando se cumpla una condición o sobrevenga una fecha específica.

Así las cosas, atendiendo a los términos en los que se haya pactado la suspensión es posible que no sea necesario suscribir luego un acta de reinicio para que se reactive la ejecución del contrato, sino que tal reactivación opere *automáticamente*, cuando se cumpla la condición o fecha cierta que las partes hayan pactado.

REINICIO – Reinicio automático - SECOP II

En ese contexto, la Entidad Estatal podrá realizar las modificaciones en el plazo de ejecución del contrato conforme al acuerdo de voluntades expuesto en el acta de suspensión suscrita por las partes en la plataforma SECOP II previamente, para que la misma genere una nueva versión del plazo de ejecución del contrato, para lo cual la entidad podrá ingresar al SECOP II e ir al detalle del contrato y hacer clic en “Modificar” desde cualquiera de las secciones que componen el contrato. SECOP II habilita las opciones de modificación para que la entidad seleccione la que requiera. Una vez seleccione la modificación la plataforma muestra un mensaje con la pregunta “¿Requiere reconocimiento del proveedor?” en la cual la entidad podrá indicar que “no” dado a que dicho acuerdo de reinicio automático del plazo de ejecución fue aprobado previamente por las partes.

[...]

Finalmente, si la entidad seleccionó que no requiere el reconocimiento del proveedor para publicar la modificación, la entidad podrá publicar la modificación realizada y cambiará a “Publicado”, reflejándose los





cambios en el contrato, toda vez que la plataforma contabilizará automáticamente el “Tiempo adiciones en días” con el total de días calendario que quedaban de ejecución del contrato desde la fecha de la suspensión de este.

CADUCIDAD – Cláusula excepcional

[e]s la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993

[...]

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii) la inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes

POTESTADES UNILATERALES – Imposición unilateral – Multas – Cláusula penal – Incumplimiento parcial o total

Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

[...]

[c]uentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral.

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, debe acompañarse de las iii) pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.





Bogotá D.C., 13 de Febrero de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230214001188
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 13/02/2023 20:09:41



Señor

Isolier Andrés Eguis Benítez

Gerente Grupo Grandes Proyectos Regionales 1

Instituto Nacional de Vías –INVIAS–

Ciudad

Concepto C-890 de 2022

Temas:

SECOP II – Definición – Carácter transaccional – Gestión en línea – Deber / SUSPENSIÓN – Concepto – Circunstancias – Plazo contractual / SUSPENSIÓN – Metodología – Condición – Término – Reinicio automático / REINICIO – Reinicio automático – SECOP II / CADUCIDAD – Cláusula excepcional / POTESTADES UNILATERALES- Imposición unilateral – Multas – Cláusula penal – Incumplimiento parcial o total / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86.

Radicación:

Respuesta a la consulta # P20221117011461

Respetado señor Eguis,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente responde su consulta radicada el 17 de noviembre de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes consultas:

«1. ¿Qué prevalece en el desarrollo post contractual, lo que pactan o acuerdan las partes o lo que queda registrado en la plataforma SECOP 2?»



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



2. Aun cuando el plazo de duración del contrato feneció, el hecho de que el contrato esté suspendido en la plataforma SECOP 2 ¿significa que el contrato sigue vigente porque el contratista de obra no ha aceptado la reanudación del contrato?

3. Si el contrato está suspendido ¿no es posible iniciar procedimientos sancionatorios por incumplimiento definitivo?» (sic).

2. Consideraciones

En primer lugar, es importante precisar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto e interpretando de manera general las normas relevantes, la Subdirección de Gestión Contractual responderá su consulta para lo cual realizará un análisis de los siguientes temas: i) carácter transaccional del SECOP II; ii) metodología para la suspensión de los contratos estatales; iii) Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iv) procedimiento administrativo sancionatorio contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; y , v) El debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la suspensión del contrato estatal en los conceptos C-527 del 12 de agosto de 2020, C-632 del 30 de septiembre de 2022 y C-766 del 20 de octubre de 2022. Adicionalmente, estudió el carácter transaccional del SECOP II, entre otros pronunciamientos, en los conceptos C-433 de 24 de julio de 2020, C-468 del 24 de julio de 2020, CU-367 del 23 de julio de 2020, C-474 de 24 de julio de





2020, C-488 del 28 de julio de 2020, C-544 del 21 de agosto de 2020, C-575 del 27 de agosto de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C-068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021, C-472 del 6 de septiembre de 2021, C-049 del 07 de marzo de 2022, C-124 del 22 de marzo de 2022, C-132 del 28 de marzo de 2022, C-348 del 13 de junio de 2022, C-480 del 19 de julio de 2022, C-510 del 08 de agosto de 2022, C-497 del 24 de agosto de 2022, C-508 del 30 de agosto de 2022, C-552 del 01 de septiembre de 2022, C-568 del 19 de septiembre de 2022 y C-596 del 21 de septiembre de 2022.

Finalmente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-040 del 2 de marzo de 2022, y C-866 del 20 de diciembre de 2022, entre otros pronunciamientos, estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, complementándolas con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo análisis.

2.1. Carácter transaccional del SECOP II

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tiene, dentro de sus competencias, la función de administrar el SECOP¹, por lo cual desarrolló la primera versión de la plataforma –SECOP I–, que solo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional, lo que significa que el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y a través de un expediente físico en la entidad, pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II, en cambio, es una plataforma *transaccional*, que permite gestionar en línea los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución e incluso post contractual del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento,

¹ Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: [...]

»8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo. [...]





presentar ofertas, seguir el procedimiento de selección en línea, cargar documentación de la ejecución del contrato, entre otros.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019, sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II, que dispuso: «A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP II». Esta se modificó parcialmente, mediante la Circular Externa No. 3 de 2020. Posteriormente, esta Agencia expidió la Circular Externa No. 1 de 2021, «[...] con el fin de dar directrices sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en 2021», modificada posteriormente por la Circular No. 2 de 2021, en relación con la publicación de los procesos de contratación bajo la modalidad de concurso de méritos. Asimismo, profirió la Circular Externa No. 2 de 2022, determinando la obligatoriedad del SECOP II a partir de dicho año.

Sobre la utilización de SECOP II, es necesario aclarar, por tanto, que en esta plataforma el procedimiento contractual se debe desarrollar en línea, conformándose un expediente electrónico. Esto denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, o sea que está integrado por documentos escritos y físicos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, el cumplimiento del deber de publicidad de las actuaciones contractuales en SECOP II tiene ciertas particularidades, como se explica a continuación.

Si bien los documentos que deben publicarse en el SECOP II corresponden a los mismos que deben publicarse en el SECOP I, esto es, todos los expedidos con ocasión el *Proceso de Contratación* con excepción de los expresamente excluidos, es decir aquellos que tengan reserva legal, la naturaleza transaccional del SECOP II implica que los procesos contractuales no solo deban ser publicados mediante esta plataforma, sino también gestionados a través de ella, al consistir la mayoría de los hitos contractuales en documentos y actuaciones electrónicas generadas en tiempo real, de tal manera que el proceso contractual avanza en la medida en la que se generen y aprueben estos documentos y actuaciones electrónicas en la plataforma. Esta es una diferencia respecto de los procesos publicados en el SECOP I, en los que primero se generan los documentos escritos y luego se publican en la plataforma dentro del plazo de tres (3) días previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que el término de tres (3) días para publicar, en la práctica, no opera en las actuaciones generadas de manera electrónica dentro de los procedimientos gestionados a través de SECOP II, comoquiera que tales documentos son creados o expedidos mediante la propia plataforma, razón por la que una vez estos se aprueban deben ser publicados, sin que transcurra el referido término.

En ese orden de ideas, el carácter transaccional de SECOP II, como herramienta que permite no solo publicar sino también gestionar y crear *Documentos del Proceso*, de manera





electrónica al interior de la plataforma, implica que el deber de publicidad respecto de estas actuaciones se cumpla de manera distinta a como sucede en SECOP I, donde los documentos contractuales se expiden primero en un medio físico que posteriormente es cargado en la plataforma.

Con fundamento en estas consideraciones y atendiendo a la consulta formulada, puede decirse que, si una entidad estatal se encuentra obligada a tramitar su contratación en el SECOP II, en principio todos los *Documentos del Proceso* deben gestionarse y crearse en esta plataforma. Esto con fundamento en lo explicado en el numeral 2.1 de este concepto; es decir, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015. Estas normas no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplía, para incluir la publicación de los «procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la «Entidad Estatal».

No cabe duda, pues, de que dentro de la expresión *Documentos del Proceso* se encuentra el acta de suspensión que suscriban las partes, pues también se trata de un documento proferido en la etapa de ejecución del contrato estatal, es decir, con ocasión de este. De igual manera, el acta de reinicio –o de finalización de la suspensión– es un *Documento del Proceso* que debe gestionarse transaccionalmente en el SECOP II, cuando exista el deber de emplear esta plataforma. Para brindar una mayor precisión sobre la metodología de la suspensión de los contratos estatales es importante efectuar algunos comentarios al respecto, que permitan resolver la inquietud acerca de si en el acta de suspensión se puede dejar establecida una fecha o condición que permita que, una vez cumplida, se reactive automáticamente el cómputo del plazo contractual.

2.2. Metodología para la suspensión de los contratos estatales

Con fundamento en las consideraciones efectuadas hasta este momento, debe precisarse qué sucede en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y a las consecuencias que pueden generarse por su inobservancia, cuando el contrato se halla *suspendido*. Al respecto, debe indicarse que la *suspensión* no termina el contrato, pues dicho evento no se encuentra consagrado en las causales previstas en el artículo 1.625 del Código Civil².

² Esta norma establece: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- »1o.) Por la solución o pago efectivo.
- »2o.) Por la novación.
- »3o.) Por la transacción.
- »4o.) Por la remisión.
- »5o.) Por la compensación.





La *suspensión* es la medida por la cual se acuerda el cese provisional de la ejecución del contrato, por la ocurrencia de circunstancias que lo impiden o lo dificultan³. Las razones de aquella pueden ser de orden técnico, jurídico o económico. En la medida de lo posible, las entidades estatales, durante la fase de planeación debe precaver los riesgos que pueden afectar la ejecución normal del contrato, pero esto no elimina la probabilidad de que ocurran sucesos posteriores y extraordinarios que lleven a las partes a acordar la suspensión o que paraliquen el contrato *de facto*, mientras se resuelven las situaciones que están incidiendo negativamente en el desarrollo del negocio o que lo están tornando imposible. Esto quiere decir que la suspensión puede ser acordada por las partes –como usualmente sucede y es lo más recomendable, siempre que existan motivos fundados para ello– o darse por la fuerza de los hechos, es decir, por la configuración de eventos externos e irresistibles que hagan imposible la ejecución del contrato durante un tiempo⁴; es decir, por factores que constituyan razones de fuerza mayor o caso fortuito⁵.

Por lo tanto, aun cuando un contrato se suspenda, conserva vigencia, pues su plazo no ha vencido, precisamente uno de los efectos de la suspensión es que se detiene provisionalmente el cómputo del plazo y, además las obligaciones de las partes están pendientes de cumplimiento a cabalidad. Solo cuando los motivos que han dado lugar a la suspensión sean permanentes e irresistibles, lo que inicialmente fue solo dicha suspensión puede dar paso a la terminación, y en este evento el deudor no será responsable, salvo que las razones de la suspensión y futura terminación le sean imputables⁶. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un contrato de suministro respecto del cual el contratista le solicite a la entidad estatal la suspensión por la tardanza de uno

»6o.) Por la confusión.

»7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

»8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

»9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

»10.) Por la prescripción.

» De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales».

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 2018. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 57.897.

⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de junio de 2017. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 36.117, en la cual se analizó la suspensión de un contrato estatal debido a un paro armado promovido por grupos al margen de la ley en el sitio de ejecución de la obra.

⁵ El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito como «el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.».

⁶ «[...] en pronunciamiento del año 2012, la Sala de esta Subsección señaló que la suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, como medida excepcional procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2015. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 31.634).





de sus proveedores, y que luego se compruebe que la demora es atribuible a la falta de pago del contratista a dichos comerciantes, quienes por eso se niegan en adelante a seguirle vendiendo. Conductas como esta podrían hacer que la suspensión sea permanente y que la entidad estatal se vea en la obligación de terminar el contrato para no afectar la prestación del servicio a su cargo, ni, en consecuencia, los fines del Estado⁷.

Ahora bien, cuando se suscribe un acta de suspensión se puede establecer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que el plazo del contrato se reactivará una vez se firme el acta de reinicio correspondiente. En tal caso, como se explicó, si la entidad estatal debe gestionar su actividad contractual en el SECOP II, tanto el acta de suspensión, como la de reinicio, deben gestionarse *transaccionalmente* en el SECOP II, precisamente porque en esta plataforma la contratación debe tramitarse en línea y en tiempo real. Sin embargo, en ejercicio de la misma autonomía de la voluntad y en consideración a las razones que han motivado el cese provisional de la ejecución del contrato, otra metodología que pueden emplear las partes para elaborar el acta de suspensión es indicar en ella que la ejecución se reactivará cuando se cumpla un determinado plazo o condición, de manera automática, sin necesidad de suscribir un acta de reinicio. Esto es posible, porque el segundo y tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establecen:

«[...]Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración» [énfasis fuera de texto].

Como se observa, en los negocios jurídicos –siendo el acta de suspensión uno de ellos, porque se trata de un acuerdo de voluntades para crear obligaciones– las entidades pueden incorporar las *condiciones* y *cláusulas* que sean necesarias y convenientes. Pues bien, de conformidad con los artículos 1530 y siguientes del Código Civil –que establecen las condiciones o términos a los que pueden sujetarse las obligaciones, y que se aplican por la remisión que hacen los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 a las normas comerciales y civiles–, en el acta de suspensión puede estipularse que el plazo de ejecución del contrato se reactivará cuando se cumpla una condición o sobrevenga una fecha específica. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado⁸ en auto del 10 de mayo de 2019, donde indicó:

⁷ En circunstancias como la mencionada la entidad podría hacer uso de las cláusulas de caducidad o de terminación unilateral, reguladas en los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, según el caso.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 10 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque. Expediente: 59.532.





«[...] De modo que, los contratos estatales pueden suspenderse de común acuerdo por la ocurrencia de circunstancias que lo justifiquen. Así, aunque subsiste el vínculo contractual no corre el plazo inicialmente pactado y no se ejecutan las obligaciones. El contrato se reinicia cuando se cumpla la condición o el término dispuesto en el acuerdo de suspensión o anticipadamente por convenio de las partes.»

Así las cosas, atendiendo a los términos en los que se haya pactado la suspensión es posible que no sea necesario suscribir luego un acta de reinicio para que se reactive la ejecución del contrato, sino que tal reactivación opere *automáticamente*, cuando se cumpla la condición o fecha cierta que las partes hayan pactado.

En ese contexto, la Entidad Estatal podrá realizar las modificaciones en el plazo de ejecución del contrato conforme al acuerdo de voluntades expuesto en el acta de suspensión suscrita por las partes en la plataforma SECOP II previamente, para que la misma genere una nueva versión del plazo de ejecución del contrato, para lo cual la entidad podrá ingresar al SECOP II e ir al detalle del contrato y hacer clic en “Modificar” desde cualquiera de las secciones que componen el contrato. SECOP II habilita las opciones de modificación para que la entidad seleccione la que requiera. Una vez seleccione la modificación la plataforma muestra un mensaje con la pregunta “¿Requiere reconocimiento del proveedor?” en la cual la entidad podrá indicar que “no” dado a que dicho acuerdo de reinicio automático del plazo de ejecución fue aprobado previamente por las partes.

Posteriormente, la entidad debe realizar en la plataforma los ajustes a los que haya lugar, de acuerdo con la modificación seleccionada, ingresar la justificación y adjuntar los documentos soporte de la modificación, en el caso de que aplique. A continuación, deberá finalizar la modificación y aprobarse por el ordenador del gasto o representante legal de la entidad, para lo cual puede configurarse un flujo de aprobación en la plataforma.

Finalmente, si la entidad seleccionó que no requiere el reconocimiento del proveedor para publicar la modificación, la entidad podrá publicar la modificación realizada y cambiará a “Publicado”, reflejándose los cambios en el contrato, toda vez que la plataforma contabilizará automáticamente el “Tiempo adiciones en días” con el total de días calendario que quedaban de ejecución del contrato desde la fecha de la suspensión de este.

2.3. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de





vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, que se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; y ii) la facultad de ejercer potestades unilaterales en virtud de disposiciones normativas, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro – artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar –según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las exorbitancias se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, toda vez que hace parte del objeto de la consulta, se procede a destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado precisó:

«[...] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado»⁹.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) la terminación del contrato, ii) la iniciación del trámite de liquidación bilateral –y unilateral, si fracasa la bilateral–, iii)

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P.





la inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) la efectividad de la garantía única de cumplimiento y v) el reporte en el SECOP, a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Los presupuestos para declarar la caducidad están establecidos en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En primer lugar, el artículo 18 establece los siguientes requisitos para su procedencia: i) debe acreditarse el *incumplimiento* de alguna o algunas de las obligaciones del contratista, con todos los elementos que configuran el «incumplimiento», ii) dicho incumplimiento debe afectar de manera *grave* y *directa* la ejecución del contrato, y iii) además, debe evidenciar la posibilidad de conducir a la paralización de la ejecución del contrato. En segundo lugar, deben acreditarse requisitos genéricos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 para el uso de potestades exorbitantes, de manera que solo se puede utilizar esta atribución en los contratos en que es posible su pacto o en los que se entiende pactada por mandato directo de la ley, como se explicó anteriormente. En tercer lugar, de acuerdo con la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, la citada anteriormente, se añade el requisito de que solo es posible declarar la caducidad del contrato mientras el plazo de ejecución no haya expirado.

Así, dentro de los requisitos de orden legal que deben cumplirse para decretar la caducidad no hay uno que exija a las entidades estatales imponer multas previas al contratista, como condición *sine qua non* para la declaratoria de aquella. Es cierto que las entidades estatales, como directoras de la ejecución del contrato, deben estar al tanto del grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y, en la medida de lo posible, no deben permitir que el incumplimiento avance o se torne más gravoso. Para ello, pueden pactar en el contrato y hacer efectivas, si es el caso, tanto la multa como la cláusula penal pecuniaria. Pero de lo dicho no puede concluirse que sea un requisito de la caducidad la imposición previa de una multa, pues además de que el incumplimiento grave del contrato –que es presupuesto de la caducidad– puede presentarse *ipso facto*, es decir, sin que se evidencien antecedentes de incumplimientos parciales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública permite decretar directamente esta cláusula excepcional, respetando el debido proceso.

Por su parte, frente a las potestades unilaterales, en relación a su pregunta, encontramos la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal que cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato¹⁰. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la

¹⁰ Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.





Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

«De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder¹¹.»

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso»¹². De otro lado, la Corte Constitucional¹³ precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, de la siguiente forma:

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 16.367. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 17.009.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.





«[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato»¹⁵.

Estudiadas las cláusulas excepcionales de caducidad, así como la potestad de *imposición unilateral* de multas y la cláusula penal, corresponde analizar algunos aspectos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de resolver la consulta.

2.4. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual - artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento [...]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento».

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»¹⁶. A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante –cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.





imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁷. De ahí que las entidades de *régimen especial*¹⁸ en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este¹⁹. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

«Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para

¹⁷ Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]».

¹⁸ Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

¹⁹ Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C-434 del 29 de julio de 2020.





que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

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

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

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, debe acompañarse de las iii) pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos²⁰.

²⁰ La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

» Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

» La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

» Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto».





Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y el garante se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente²¹.

2.5. El debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso el debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como ya lo vimos, reglamentó el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para imponer unilateralmente multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, tasación de perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal en el marco de un contrato. De la lectura de dichos artículos se observa el querer, por parte del legislador, de que el contratista cuente con un procedimiento sancionatorio contractual que tenga plena garantía del derecho de defensa, contradicción, y al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional en sentencia SU 339 del 4 de mayo de 2011²², indicó que el derecho al debido proceso, en ciertos casos tiene un «carácter instrumental» pues el estricto cumplimiento de «las garantías constitutivas del debido proceso administrativo y de las regulaciones legales que determinan la actuación del poder público, *se deriva la salvaguarda de otros derechos fundamentales*». En virtud a ello, el contratista contra quien se adelanta esta clase de procedimiento administrativo sancionatorio cuenta, entre otros, con los siguientes derechos: i) a un procedimiento público; ii) el ser oído antes de la decisión; iii) a la defensa y contradicción; iv) a aportar pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra; v) que el procedimiento se adelante ante la autoridad competente para conocer del asunto; vi) a que se le otorgue un tratamiento igual que el dado a otros particulares; vii) a que el procedimiento se adelante en un

²¹ En este sentido, Suárez Tamayo indica: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165).

²² Corte Constitucional, sentencia de Unificación Jurisprudencial SU 339 del 4 de mayo de 2011. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T-2.735.401





término razonable; y, vii) a que las decisiones sean motivadas, debidamente notificadas y a impugnar las mismas.

En fin, el principio al debido proceso busca en materia de contratación estatal «*en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente a las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego*»²³. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-722 de 2010²⁴ recordó que el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, permite que «*la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales*».

En ese orden de ideas, es posible citar a un contratista a la audiencia sancionatoria prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin imponer unilateralmente multas o sanciones, o declaratorias de incumplimiento, o tasación de perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal en el marco de un contrato estatal, durante el periodo de suspensión de un contrato estatal, teniendo en cuenta que la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, no prevé una limitación para iniciar dichos procesos sancionatorios, siendo permitido que puedan iniciarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, dado a que la suspensión temporal de la ejecución del contrato no afecta la continuación de los procesos administrativos, incluyendo los sancionatorios, pues las entidades aún en ellos pueden exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales.

No obstante, es importante destacar que la decisión de suspender la ejecución de un contrato puede tener implicaciones en el proceso sancionatorio, especialmente en lo que respecta a garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y contradicción, a la recopilación de pruebas y la consecución de los objetivos probatorios, por parte del contratista. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta estos aspectos durante el desarrollo de la audiencia para no afectar sus derechos fundamentales.

3. Respuesta

«1. ¿Qué prevalece en el desarrollo post contractual, lo que pactan o acuerdan las partes o lo que queda registrado en la plataforma SECOP 2?

2. Aun cuando el plazo de duración del contrato feneció, el hecho de que el contrato esté suspendido en la plataforma SECOP 2 ¿significa que el contrato sigue vigente porque el contratista de obra no ha aceptado la reanudación del contrato?

[...]

²³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2017). "Potestad sancionatoria de la administración en materia de contratación estatal". Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge (Ed.) "Contratos Públicos: problemas, perspectiva y prospectivas"- Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017

²⁴ Corte Constitucional, sentencia de acción de tutela del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.





Conforme se expuso en el presente concepto, si una entidad se encuentra obligada a tramitar su contratación en el SECOP II, en principio, todos los *Documentos del Proceso* deben gestionarse y crearse en esta plataforma. Esto con fundamento el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015. Estas normas no solo refuerzan y complementan al régimen de contratación estatal en cuanto a la publicidad, sino que lo amplían, para incluir la publicación de los «procedimientos» y la información relativa a la «gestión contractual», sin el condicionamiento de tratarse exclusivamente de los *Documentos del Proceso* expedidos por la «entidad estatal».

Dentro de la expresión *Documentos del Proceso* se encuentra el *acta de suspensión* que suscriban las partes, pues también se trata de un documento proferido en la etapa de ejecución del contrato estatal, es decir, con ocasión de este. De igual manera, el *acta de reinicio* –o de finalización de la suspensión– es un *Documento del Proceso* que debe gestionarse transaccionalmente en el SECOP II, cuando exista el deber de emplear esta plataforma.

Ahora, según el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en los negocios jurídicos –y el acta de suspensión lo es, porque se trata de un acuerdo de voluntades para crear obligaciones– las entidades pueden incorporar las *condiciones* y *cláusulas* que sean necesarias y convenientes. Pues bien, de conformidad con los artículos 1530 y siguientes del Código Civil –que establecen las condiciones o términos a los que pueden sujetarse las obligaciones, y que se aplican por la remisión que hacen los artículos 13, 32, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993 a las normas comerciales y civiles–, en el acta de suspensión puede estipularse que el plazo de ejecución del contrato se reactivará automáticamente cuando se cumpla una *condición* o sobrevenga una *fecha específica*.

De este modo, atendiendo a los términos en los que se haya pactado la suspensión es posible que no sea necesario suscribir luego un acta de reinicio para que se reactive la ejecución del contrato, sino que tal reactivación opere *automáticamente*, cuando se cumpla la condición o fecha cierta. En este caso no podría aducirse válidamente que como no se ha suscrito el acta de reinicio en el SECOP II el contrato aún se encuentra suspendido. Si una vez configurada la condición o cumplido el término el contratista no retoma la ejecución del contrato, e incluso, posterior a ella, para efectos de incumplimientos total o parcial del contrato, sin que concurra una causal que lo exonere de responsabilidad, la entidad estatal estaría llamada a exigir el cumplimiento, a través de los mecanismos conminatorios y sancionatorios a los que haya lugar, según el régimen jurídico aplicable.

De cualquier forma, y de acuerdo con lo expuesto en este concepto, los reinicios automáticos pactados en actas de suspensión contractual, nace y se perfecciona con el reconocimiento de las partes, de tal manera que se predica válida y produce los efectos que se buscaron con ella, en torno a reiniciar el contrato al cumplimiento de un plazo o condición, toda vez que, reiterando el argumento esbozado en la parte inicial de esta respuesta, cumple con los requisitos exigidos por la Ley 80 de 1993 en el artículo 41.





«3. Si el contrato está suspendido ¿no es posible iniciar procedimientos sancionatorios por incumplimiento definitivo?» (sic).

Las entidades estatales cuentan con potestades exorbitantes y facultades unilaterales dentro de la contratación estatal, que permiten imponer unilateralmente multas o sanciones de caducidad, o declaratorias de incumplimiento, o tasación de perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal en el marco de un contrato estatal, entre otros, cuando se está al frente de un posible incumplimiento contractual. Para ello las entidades cuentan con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual inicia con la citación a la audiencia que debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los hechos que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, debe acompañarse de las iii) pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

En desarrollo de la audiencia, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevé todo un procedimiento garante del derecho al debido proceso, donde el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, más los requerimientos previamente enunciados y acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. Finalmente, mediante resolución motivada, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento.

En ese orden de ideas, es posible citar a un contratista a la audiencia sancionatoria prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, durante el periodo de suspensión de un contrato estatal, teniendo en cuenta que la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, no prevé una limitación para iniciar dichos procesos sancionatorios en dichas circunstancias, siendo permitido que puedan iniciarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato, (y posterior a dicho plazo pero sólo para efecto de incumplimiento parcial o total del contrato) dado a que la suspensión temporal de la ejecución del contrato no afecta la continuación de los procesos administrativos, incluyendo los sancionatorios, pues las entidades aún en ellos pueden exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales.





Sin embargo, la citación a una audiencia sancionatoria durante el periodo de suspensión de la ejecución de un contrato estatal en Colombia no es per se una violación del derecho al debido proceso, siempre y cuando se garantice el derecho al debido proceso de las partes involucradas en el proceso administrativo sancionatorio.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 22 de 22