

LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS Y LA IMPOSICIÓN DE MULTAS EN EL MARCO DE CONTRATOS ESTATALES SOMETIDOS A RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO Y LA ACREDITACIÓN DEL SINIESTRO AL ASEGURADOR

*BREACH DETERMINACION AND PENALTY ENFORCENMENT
IN STATE CONTRACTS UNDER PRIVATE LAW AND THE
REPORTING OF THE CLAIM TO THE INSURANCE COMPANY*

*DAVID AUGUSTO TEJEIRO CARRILLO**

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2025

Fecha de aceptación: 15 de junio de 2025

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

Tejeiro Carrillo, David Augusto. *La declaración de incumplimientos y la imposición de multas en el marco de contratos estatales sometidos a régimen de derecho privado y la acreditación del siniestro al asegurador*, 63 Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, 157-198 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris63.diim>

doi: 10.11144/Javeriana.ris63.diim

* Abogado y especialista en Contratación Estatal de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de Seguros, Especialista en Derecho Financiero y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Javeriana. Magister en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Profesor de la Universidad Javeriana y de la Universidad del Rosario. Socio de la firma Tejeiro & Díaz Better Abogados, especialista en litigios en asuntos de derecho administrativo y derecho de seguros. Representante Joven de Colombia ante el Comité Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA). y Relator del Colegio de Abogados Administrativistas. Contacto: datejeiro@tdbabogados.com Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-2663-7336>

RESUMEN

Las entidades estatales sometidas al régimen de contratación dispuesto en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública cuentan por ley con facultades unilaterales para declarar incumplimientos e imponer multas a sus contratistas. Sin embargo, las entidades que no se encuentran sometidas a dicho estatuto no cuentan con dicha facultad proveniente de la ley. Por medio del presente escrito se estudia la posibilidad de que estas últimas entidades pacten tales facultades y la naturaleza tiene la decisión que toma la entidad. De igual forma, se analiza el trámite para hacer efectivo ese derecho ante la compañía de seguros.

Palabras Clave: Contrato estatal, multa, cláusula penal, procedimiento administrativo sancionatorio, acto administrativo, acto contractual, reclamación

ABSTRACT

State entities subject to the contracting regime established in the General Statute of Public Administration Contracting are granted by law unilateral powers to declare breaches and impose fines on their contractors. However, entities not subject to the statute do not possess such powers derived from law. This paper examines the possibility for the latter entities to agree upon such powers and the nature of the decision made by the entity. Likewise, it analyzes the procedure for enforcing such right before the insurance company.

Keywords: *State contract, fine, penalty clause, administrative sanctioning procedure, administrative act, contractual act, claim.*

SUMARIO:

Introducción. 1. El régimen jurídico aplicable a los contratos del Estado. 2. Potestades excepcionales y facultades unilaterales en la contratación estatal. 2.1. Las potestades excepcionales al derecho común. 2.2. Las facultades unilaterales en los contratos. 3. Procedimiento para declarar incumplimientos e imponer multas en contratos sometidos al Estatuto General de la Administración Pública. 3.1. La citación al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debe ser clara y precisa. 3.2. La precisión de la citación también es un derecho del garante asegurador en torno a los amparos otorgados. 3.3. El procedimiento no aplica para cuestiones distintas a la imposición de multa o declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios. 3.3.1. Imposibilidad de hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra bajo el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. 3.3.2. En el procedimiento administrativo únicamente debería ser procedente hacer efectiva la cláusula penal con naturaleza indemnizatoria frente al garante -asegurador. 3.4. A la entidad contratante le corresponde la carga de la prueba del incumplimiento. 3.5. Los medios de prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual: su oportunidad y contradicción. 3.5.1. La oportunidad para aportar pruebas en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual. 3.5.2. La contradicción de las pruebas en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual. 3.6. Independencia de responsabilidades del contratista y del asegurador. 3.7. La caducidad de la potestad sancionatoria de la administración y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y su aplicación en el procedimiento administrativo sancionatorio. 3.7.1. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la declaración de incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal. 3.7.2. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la imposición de multas y declaración de caducidad del contrato. 4. Los actos proferidos en materia precontractual y/o contractual por las entidades no sometidas al EGCAP corresponden a actos de derecho privado y no a actos administrativos. 5. Procedencia de la declaratoria de incumplimientos e imposición de multas por la vía de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en contratos regidos por el derecho privado. 5.1. Imposibilidad de acudir a normas de la Ley 1437 de 2011 en los procedimientos unilaterales pactados con entidades regidas por el derecho privado. 5.2. Imposibilidad de atribuir la facultad de crear actos administrativos mediante acuerdos contractuales en contratos sometidos al derecho privado. 6. Acreditación del siniestro por parte de entidades sometidas al derecho privado ante el asegurador como garante del contrato estatal

INTRODUCCIÓN

La declaración de incumplimientos y la imposición de multas por parte de las entidades estatales frente a sus contratistas es una cuestión ampliamente debatida en torno a la naturaleza de tales facultades y a los alcances de la entidad contratante en el marco de los procedimientos establecidos en la ley para hacerlas efectivas.

La situación se profundiza al encontrar que en la actualidad algunas entidades del Estado que no se encuentran sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública –EGCAP– aplican estas facultades y las imponen a sus contratistas mediante decisiones que califican como actos administrativos.

Mediante el presente escrito nos proponemos analizar la posibilidad que tienen aquellas entidades no sujetas al EGCAP de declarar incumplimientos o imponer multas de forma unilateral y si tales determinaciones consisten en actos administrativos o en meros actos de naturaleza contractual privada.

De igual manera, estudiaremos el procedimiento administrativo sancionatorio contractual y las principales dificultades en su aplicación, pasando por los derechos y garantías que le asisten al asegurador como garante del contrato estatal.

Por último, se analizará la naturaleza de la reclamación que la entidad estatal con régimen privado de contratación presenta a la compañía de seguros cuando pretende hacer efectivo la cláusula penal o imponer una multa contractual.

Para el efecto, se propone analizar (i) el régimen aplicable a los contratos del Estado, (ii) las potestades excepcionales al derecho común y las facultades unilaterales de las entidades estatales, (iii) el procedimiento administrativo sancionatorio contractual y sus cuestiones más relevantes, (iv) la naturaleza jurídica de los actos emitidos por las entidades no sometidas al EGCAP, (v) la procedencia del procedimiento consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la declaración de incumplimientos e imposición de multas por parte de entidades no sometidas al EGCAP y (vii) la acreditación del siniestro por parte de las entidades no sometidas al EGCAP.

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DEL ESTADO

El Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP–, contenido en la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias y complementarias, constituye ese compendio normativo en el cual se encuentran las normas que rigen los contratos celebrados por las entidades estatales en Colombia.

A primera vista, se pensaría que el EGCAP, compuesto por principios y normas positivas, desarrolla todos los aspectos relevantes en la contratación estatal. Sin embargo, una mirada pausada al estatuto y, particularmente, al artículo 13 del mismo, nos permite determinar que ello no es así.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*

De la norma transcrita se extrae que en estricto rigor la contratación estatal se rige por las normas civiles y comerciales que regulan los contratos en Colombia, con excepción de los aspectos que sean objeto de regulación expresa en el estatuto.

Al respecto, podríamos señalar que la Ley 80 de 1993 se centra en regular principalmente algunos aspectos de relevancia cardinal para la contratación como lo son: (i) la competencia para celebrar contratos, (ii) los procedimientos de selección de contratistas, (iii) las potestades excepcionales al derecho común y (iv) el manejo del equilibrio económico del contrato.

Esto es resumido por el profesor Carlos Ballesteros al indicar que:

“Existen entonces aspectos generales de los contratos estatales que ya han sido tratados y desarrollados por el derecho probado, pero también es cierto que existen aspectos particulares que ameritan un tratamiento normativo especial como lo son: (i) la competencia y los procedimientos de celebración y formalización del contrato; (ii) el otorgamiento de privilegios y potestades públicas a la administración, y finalmente; (iii) la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.”¹

Por su parte, Luis Guillermo Dávila Vinueza lo expresa en los siguientes términos:

*“(…) El legislador del 93 en lo contractual consideró infructuoso tener que reproducir la teoría general de los contratos y obligaciones, perfectamente aplicable a la contratación estatal y se limitó a regular aspectos que ameritaban precisiones o excepciones al derecho común. Salvo en las muy particulares materias que las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 regulan, tales como lo relativo a los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, la ecuación económica y financiera del contrato, las cláusulas excepcionales al derecho común, la tasa supletiva del interés moratorio, el silencio administrativo positivo y lo atinente a la liquidación de los contratos, en los demás casos prácticamente ha de recurrirse al derecho común. Es aquí donde el postulado de la autonomía de la voluntad, saciado en la ley, tiene plena aplicación (...).”*²

Así las cosas, es posible concluir que, en lo que concierne a la esfera contractual, a diferencia de lo que ocurre en materia precontractual, el régimen de los contratos estatales está centrado en el Código Civil y el Código de Comercio, salvo las precisas cuestiones señaladas en precedencia. Esto explica porque la Ley 80 de 1993 no se refirió a la cláusula penal o las multas: si el Código Civil y el Código de Comercio ya hacían referencia expresa a las mismas, no resultaba necesaria una regulación particular al respecto.

¹ Ballesteros Serpa, Carlos Andrés. *El régimen ambivalente de los contratos celebrados por la administración pública, ¿una dicotomía superada?*. En: Contratos Estatales. Tomo I. Ed. Ibañez. 2022, p. 275.

² Davila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Ed. Legis. Tercera Edición. 2016, p. 48.

Ahora bien, debe ser objeto de precisión el hecho de que no todos los contratos estatales se encuentran regidos por el EGCAP. Existen una serie de normas especiales que determinan que si bien algunos contratos son celebrados por entidades estatales y, por ende, sus contratos adquieren la naturaleza de contratos estatales, lo cierto es que su régimen está circunscrito al derecho privado, por lo cual, no le son aplicables – salvo que norma especial diga lo contrario- los aspectos previstos en la Ley 80 de 1993 y las normas complementarias.

Ejemplo de lo anterior son los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, los cuales en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 escapan a la regulación del EGCAP. De igual forma, los contratos celebrados por las universidades públicas y los celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50% cuando actúen en competencia con el sector privado también se encuentran regidos por el derecho privado de conformidad con el artículo 31 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, respectivamente.

En ese entendido, los contratos sometidos al EGCAP se rigen por las disposiciones del derecho privado, salvo en lo expresamente previsto en la Ley 80 de 1993, mientras que los contratos estatales no sometidos al EGCAP se rigen por las normas del derecho civil y comercial³.

Al respecto, María Teresa Palacio Jaramillo ha indicado:

“Obviamente, aquellos contratos estatales no regidos por el estatuto general de Contratación de la Administración Pública están también bajo el cobijo de los códigos Civil de Comercio, todo ello para garantizar la competencia en condiciones de equivalencia.”⁴

Por último, a pesar de la existencia de una dualidad de regímenes en materia de contratos estatales, lo relativo a la posibilidad de pactar cláusulas penales y multas, está regulado por el Código Civil y Código de Comercio, con las precisiones que se harán a continuación, en torno a la forma de hacerlas efectivas.

2. POTESTADES EXCEPCIONALES Y FACULTADES UNILATERALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En el marco de la contratación estatal, es común escuchar el concepto de potestades excepcionales como aquellos poderes con los que cuenta la administración contratante en el marco de la ejecución de contratos sometidos al EGCAP y que son extraños al derecho privado y de allí su carácter de excepcional.

³ Conviene destacar que, en ocasiones, la ley permite que se apliquen normas del EGCAP a los contratos estatales sometidos al derecho privado, sin que ello implique que entren dentro de la categoría de contratos sometidos al estatuto.

⁴ Palacio Jaramillo, María Teresa. *Potestades excepcionales y otros poderes de la administración pública*. En: Contratos Estatales. Tomo II. Ed. Ibañez.

Frente a esta cuestión pareciera no haber mayor problema, por cuanto tales potestades excepcionales se encuentran positivizadas en los artículos 14 y siguientes de Ley 80 de 1993 y, por ende, resultan identificables e individualizables. No obstante, ha sido una constante en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado una tensión en torno al entendimiento de las facultades unilaterales que con ocasión del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 adquirieron las entidades estatales contratantes para declarar incumplimientos con miras a hacer efectiva la cláusula penal e imponer multas y su identificación o no con las potestades excepcionales.

Ejemplo de ello es el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado en el cual la alta corporación señala que la facultad de declarar incumplimientos e imponer multas corresponde a una potestad excepcional, en estos términos:

“Se observa que, posteriormente, el legislador volvió a consagrar la facultad de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas que se hayan pactado en sus contratos con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, así como la de declarar el incumplimiento del contrato, para efectos del cobro de la cláusula penal pecuniaria, estableciendo que las entidades pueden hacer efectivas estas decisiones directamente, acudiendo al mecanismo de la compensación de las sumas adeudadas al contratista, o al cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva –art. 17, Ley 1150 de 2007–.

***Tratándose de potestades que le han sido atribuidas a la administración para que ésta las ejerza unilateralmente en sus relaciones contractuales, no hay duda de que corresponden a nuevas facultades excepcionales.** lo que viene a corroborar la norma general en materia de competencia de las entidades estatales, en el sentido de que todas las potestades que ejerzan y todas las actuaciones unilaterales que adelanten y todas las decisiones que tomen mediante actos administrativos, deben tener su fundamento en una norma legal que expresamente les haya atribuido la facultad para obrar en tal sentido.”⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

A partir de lo expuesto, se considera pertinente establecer la diferenciación de potestad excepcional y facultad unilateral con miras a determinar si las mismas proceden únicamente en el marco de los contratos estatales sometidos al EGCAP o si también se incluyen en los contratos estatales sometidos al derecho privado.

2.1. Las potestades excepcionales al derecho común

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 estableció una serie de potestades que tienen las entidades estatales contratantes para garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación. Estas facultades son (i) la posibilidad de declarar la caducidad del contrato, (ii) la interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato y (iii) la reversión de bienes.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de noviembre de 2019. C.P. María Adriana Marín. Exp. 36600.

En palabras del profesor Mauricio Rodríguez Tamayo, “*las cláusulas excepcionales son atribuciones conferidas directamente por la ley a las entidades estatales, para que cuenten con herramientas jurídicas que les permitan, por razones de interés público, dictar actos administrativos ya sea para imponer decisiones unilaterales o para resolver situaciones que pueden afectar la continua y correcta ejecución del contrato estatal, aun en contra de la voluntad del contratista y sin que sea necesario acudir ante una autoridad judicial*”.⁶

Tales facultades son comúnmente llamadas potestades excepcionales al derecho común debido a que en la legislación de los contratos en el derecho privado (o derecho común) no están previstas y por ello aplicación resulta excepcional. De ahí que la Ley 80 de 1993 tuvo que consagrarse expresamente, dado que en el derecho privado no existen atribuciones de ese talante y el artículo 13 no remitirá a nada similar.

Al respecto, Dávila Vinueza sostiene que “*se dice que son excepcionales al derecho común por cuanto en un contrato entre particulares o en un contrato estatal regido exclusivamente por el derecho privado, no es habitual sino excepcionalísimo que una parte posea prerrogativas que afectan la igualdad que se ha dicho caracteriza al contrato*.”⁷

Así las cosas, son potestades excepcionales aquellas referidas expresamente en la ley y cuyo contenido y alcance está expresamente descrito en ella, pero que, adicionalmente, consisten en atribuciones que no son propias del derecho privado, sino que resultan ser ajenas a éste.

Por último, conviene destacar que, al estar consagradas en el EGCAP, su aplicación resulta restringida a los contratos sometidos al estatuto, salvo que una norma especial permite su aplicación en contratos sometidos al derecho privado.

2.2. Las facultades unilaterales en los contratos

En materia de derecho de los contratos, es habitual que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes acuerden ciertas atribuciones con miras a lograr el objeto contractual o, incluso, para hacer efectiva la prestación que uno de los contratantes incumpla o una sanción derivada de tal incumplimiento.

De igual manera, en algunas ocasiones es la misma ley la que habilita a alguna de las partes para tomar una determinación en torno a algún aspecto del contrato como puede ser la terminación unilateral del mismo. Un ejemplo de ello es el artículo 1.071 del Código de Comercio que, en el marco del contrato de seguro, permite a cualquiera de las partes (tomador o asegurador) revocar el contrato en cualquier momento.⁸

En palabras de los profesores Fabricio Mantilla y Tatiana Oñate:

⁶ Rodríguez Tamayo, Mauricio. *Los contratos estatales en Colombia*. Ed. Tirant Lo Blanch. Tercera edición. 2022, p. 450.

⁷ Dávila Vinueza. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Ed. Legis. Tercera Edición. 2016, p. 609.

⁸ Con algunas excepciones relacionadas principalmente con el seguro de cumplimiento y el seguro de vida.

“(…) el derecho privado consagra múltiples instituciones que permiten que un contratante mediante un acto de voluntad (potestad), modifique una situación jurídica determinada, sin que el otro contratante pueda evitarlo (sujeción). Estas potestades suelen ser conocidas con el nombre genérico de “prerrogativas contractuales unilaterales”, nombre que designa múltiples instituciones cuyas condiciones y efectos suelen ser muy variados”.⁹

Para Juan Pablo Cárdenas, la diferencia entre potestad excepcional o exorbitante y facultad unilateral consiste en la posibilidad de expedir un acto administrativo para hacer efectiva la decisión de la administración.

“Desde la perspectiva de las cláusulas exorbitantes, su carácter exorbitante no deriva realmente de que ellas facultan a una parte para terminar o modificar un contrato, pues tales prerrogativas pueden existir en contratos entre particulares y, de hecho, se encuentran en la práctica. La exorbitancia existe en realidad porque la decisión se adopta por un acto administrativo con todas las consecuencias que ello implica. Es en esta medida que no es aplicable el derecho privado”¹⁰

Ello permitiría concluir que, como lo afirma María Teresa Palacio, “*todo lo exorbitante es unilateral, pero no todo lo unilateral es necesariamente exorbitante: la unilateralidad bien puede ser acordada entre las partes, incluso entre particulares si así lo consideran, pero en este caso, sino se cumple lo acordado, habrá que acudir al juez del contrato, sin ser posible que una parte imponga a la otra obligación alguna.*”¹¹

En conclusión, la unilateralidad es propia del derecho privado y, por ende, no puede entenderse que una facultad unilateral constituya, a su vez, una potestad excepcional. Ello terminaría siendo contradictorio si tenemos en consideración que, como se ha expresado, el carácter excepcional de una facultad deriva del hecho de que no está prevista en el derecho común.

3. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR INCUMPLIMIENTOS E IMPONER MULTAS EN CONTRATOS SOMETIDOS AL ESTATUTO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 introdujo en el ordenamiento jurídico la posibilidad para las entidades sometidas al EGCAP “*de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*”. De igual forma, estableció que “*podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*”.

De esta manera, las entidades contratantes sometidas al EGCAP cuentan la facultad unilateral de imponer multas y declarar incumplimientos para hacer efectiva la

⁹ Mantilla Espinosa, Fabricio; Oñate Acosta, Tatiana. *Derecho Privado y Contratos Estatales*. En: Contratos Estatales. Tomo I. Ed. Ibañez.

¹⁰ Cárdenas, Juan Pablo. *La huida por la administración del derecho privado*. En: Sociedad, estado y derecho: homenaje a Álvaro Tafur Galvis. 2014, p. 377.

¹¹ Palacio Jaramillo, María Teresa. *Potestades excepcionales y otros poderes de la administración pública*. En: Contratos Estatales. Tomo II. Ed. Ibañez, p. 708.

cláusula penal mediante un acto administrativo que se encuentre precedido de un debido proceso administrativo con todas las garantías de contradicción y defensa para el afectado, esto es, el contratista y, eventualmente, el garante – asegurador¹².

A su vez, el artículo 86¹³ de la Ley 1474 de 2011 desarrolló el procedimiento que deben adelantar tales entidades para efectos de expedir el acto administrativo que impone la multa o declara el incumplimiento.

El procedimiento en cuestión consta de dos fases. Una fase inicial escrita en la cual se remite la citación del inicio del procedimiento al contratista y a su garante y una fase oral en audiencia en la cual se adelantan el grueso de las actuaciones previstas en la norma. El procedimiento se puede resumir en lo siguiente:

1. Citación por parte de la entidad al contratista y su garante
2. Audiencia de incumplimiento

¹² La expresión garante – asegurador se usa para delimitar la idea consistente en que según el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, solo se deberá citar al garante al procedimiento administrativo sancionatorio contractual, cuando la garantía conste en póliza de seguros. En los demás casos no es necesaria la citación del garante.

¹³ **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 anunciará 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, anunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

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.

- 2.1. Lectura de la citación al contratista y garante
- 2.2. Espacio para presentación de descargos por parte del contratista y garante
- 2.3. Solicitud y aporte de pruebas por parte de contratista y garante
- 2.4. Práctica de pruebas
- 2.5. Decisión de la actuación administrativa por medio de acto administrativo motivado
- 2.6. Recurso de reposición –si procede– por parte de contratista y garante
- 2.7. Resolución del recurso de reposición

3.1. La citación al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debe ser clara y precisa

El procedimiento en cuestión consiste en una audiencia precedida por una citación al contratista y a su garante¹⁴ en la cual se adviertan los presuntos incumplimientos en que ha incurrido el contratista, así como las cláusulas contractuales insatisfechas o las disposiciones legales violadas y las consecuencias que le acarrearán al contratista (y a su garante) en caso de que se compruebe su incumplimiento.

En este punto, es relevante poner de presente que a la entidad estatal le corresponde, con suprema claridad, determinar puntualmente la consecuencia que persigue con el procedimiento administrativo. Evidentemente, resulta contrario al debido proceso la citación que no defina la consecuencia, dado que, cada una de las posibilidades previstas en la ley conlleva a un resultado distinto.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala que el procedimiento previsto en dicha norma se puede adelantar para “*declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal*”. En ese orden de ideas, el campo de acción del procedimiento se limita a (i) la imposición de multas y (ii) la declaración de incumplimientos, que, permiten, a su vez, hacer efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato, en caso de tratarse de un incumplimiento “*que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización*”.

No resulta equiparable abrir el procedimiento administrativo con miras a imponer una multa, a declarar un incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal o a declarar la caducidad del contrato. Cada una de estas posibilidades conlleva a un resultado distinto, por lo cual, la entidad debe ser clara desde un inicio y establecer

¹⁴ La citación al garante sólo procede si la garantía consiste en una póliza de seguros expedida válidamente por una compañía de seguros autorizada en Colombia. En los casos en que la garantía no consista en un seguro, la ley no exige su citación y, por ende, el procedimiento se adelantará únicamente en contra del contratista.

con precisión cual es la consecuencia que persigue por el presunto incumplimiento con miras a garantizar el derecho de defensa del contratista.

Por ejemplo, la finalidad de la multa es conminar al contratista a cumplir, de tal forma que si culminado el procedimiento el contratista persiste en el incumplimiento, la consecuencia es el pago de una suma dineraria. Por su parte, la declaratoria de incumplimiento habilita la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato como estimación anticipada de perjuicios para indemnizar a la entidad estatal por el incumplimiento. Por último, la caducidad del contrato conlleva la terminación del contrato y, por demás, la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal.

De la misma manera, cada una de estas posibilidades tienen un plazo diferenciado para su imposición.

En primera medida, tal como lo ha señalado en abundante jurisprudencia el Consejo de Estado, no es posible imponer multas ni declarar una caducidad del contrato por fuera del plazo de ejecución del contrato.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado:

<<Por consiguiente, para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues, se precisa, ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato, lo que implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal.>>¹⁵

<<Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial, que sostiene que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo.>>¹⁶

En la misma línea, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en concepto C-807 de 2022, indicó frente a la imposición de multas que:

<<Al respecto, esta Agencia considera pertinente reiterar la postura predominante del Consejo de Estado, según la cual, la imposición de multas sólo procede mientras se halle vigente el plazo de ejecución pactado en el contrato, apreciación que se realiza con base en dos argumentos principales:

1. la interpretación es la que sólo pueda imponerse multas durante la ejecución del contrato es más acorde con la finalidad que poseen aquellas de conminar al cumplimiento del contrato según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, ya que en todo caso, se considera que si el contratista no ha cumplido con sus obligaciones hasta el cumplimiento del término previsto para ello en el contrato, se estaría frente a un incumplimiento, ya sea total o parcial del contratista, que daría lugar a la imposición de cláusula penal pecuniaria en caso de haberse pactado, y en todo caso

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 17936

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Exp. 24697. C.P. Enrique Gil Botero.

del incumplimiento como tal; y,

2. *dicha interpretación es la que más garantizar la seguridad jurídica como principio del derecho, universalmente reconocido y que según la Corte Constitucional, obliga a que las interpretaciones o aplicaciones que en derecho se realicen deben garantizar realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos en el marco del derecho a la igualdad, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico se conoce, o puede conocerse, como prohibido, ordenado o permitido.>>*

En cuanto a la caducidad, la doctrina ha señalado:

<<Sobre la oportunidad que tiene la administración para declarar la caducidad del contrato, la Sección ha sostenido consistentemente que de esta potestad, concedida por la ley a la entidad de derecho público, sólo puede hacerse uso mientras esté vigente el contrato y no cuando el plazo haya vencido, puesto que su finalidad primera es dar por terminada anticipadamente la relación jurídica (una de las limitaciones que afectan su ejercicio es precisamente el elemento temporal para no configurar una incompetencia ratione temporis).>>¹⁷

En virtud de lo anterior, en ningún caso será posible la declaratoria de caducidad ni la imposición de multas si el plazo contractual ya se encuentra vencido.

No obstante, resulta procedente la declaratoria de incumplimiento, aun de forma posterior a la terminación del contrato, tal como lo ha señalado la doctrina con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

<<(…) los hechos constitutivos de incumplimiento deben acaecer durante la vigencia del contrato de seguro, pero la declaratoria del mismo mediante acto administrativo de la entidad pública contratante puede ser efectuada en vigencia de la póliza o una vez expirada su vigencia (pero sin extender los términos de prescripción de ordinaria de dos años propios del contrato de seguro), asunto que cuenta con una línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado.

(…) La administración pública tiene la potestad de declarar la caducidad sólo durante la vigencia del contrato estatal, pues se trata de una facultad excepcional. Igual acontece con la imposición de multas.>>¹⁸

Así las cosas, a la entidad le compete determinar con precisión y claridad los hechos susceptibles de incumplimiento y las consecuencias que le acarrearía al contratista (y a su garante) el hecho de encontrar probada su responsabilidad contractual, por cuanto la forma de defenderse de cada uno de estos supuestos es diferente de cara a sus consecuencias y plazo para declararse.

3.2. La precisión de la citación también es un derecho del garante asegurador en torno a los amparos otorgados

¹⁷ Jouve García, Antonio. *Temporalidad de la caducidad*. Revista Estudios Socio Jurídicos. Volumen 4 No. 2. Bogotá, diciembre de 2002.

¹⁸ Díaz Granados et al. *Teoría General del Seguro. Los Seguros en Particular*. Editorial Temis S.A. 2023, p. 182.

De igual manera, frente al garante - asegurador se debe indicar con claridad los amparos que se van a afectar. El Decreto 1082 de 2015 determina los amparos que se pueden expedir en el marco de una garantía única de cumplimiento, los cuales aunque se comercialicen dentro de la misma póliza, operan de forma independiente y ofrecen una garantía independiente para cada uno de los riesgos amparados.

Así, conviene recordar que la garantía única de cumplimiento resulta ser un contrato de seguro compuesto por una serie de distintos y variados amparos los cuales no tienen relación entre sí y funcionan de forma independiente. De tal manera que para la activación de cada uno de estos amparos deberá presentarse el supuesto previsto en el mismo, pues cada amparo otorga cobertura a riesgos diferentes que sólo pueden ser reconocidos para pago bajo los supuestos precisos que protegen.

En ese orden de ideas, no es procedente la afectación de dos o más amparos por un mismo hecho, ni la acumulación de las sumas aseguradas en cada uno de ello, pues, se insiste, cada amparo responde a un riesgo diferente y su activación dependerá de la efectiva materialización del riesgo a la luz de lo previsto en el artículo 1.072¹⁹ del Código de Comercio.

Lo anterior se encuentra registrado expresamente el artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015 a cuyo tenor:

<< ARTÍCULO 2.2.1.2.3.2.1. Amparos. El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1. 7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.>> (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, la doctrina ha indicado que “los amparos son independientes en sus riesgos y valores asegurados por lo cual frente a un mismo hecho no procede hacer efectivos dos amparos de manera simultánea”²⁰.

3.3. El procedimiento no aplica para cuestiones distintas a la imposición de multa o declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios

3.3.1. Imposibilidad de hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra bajo el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

En este punto, se destaca que el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no prevé la posibilidad de ser aplicado a cuestiones distintas a la declaración de incumplimientos o la imposición de multas, como, por ejemplo, la declaración de responsabilidad del contratista por la inestabilidad de una obra.

¹⁹ **ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>.** Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

²⁰ Díaz -Granados et al. Teoría General del Seguro. Los Seguros en Particular. Editorial Temis S.A. 2023, p. 180.

Ahora bien, tampoco podemos estar de acuerdo con la posición asumida por la Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente al manifestar que para declarar responsabilidad del contratista por la inestabilidad de la obra, la entidad debe acudir al procedimiento administrativo general del artículo 34 y siguientes de la Ley 1437 del 2011. Al respecto, la Agencia dijo:

“En contraste, la declaratoria del siniestro respecto del amparo de estabilidad y calidad de la obra se rige por un procedimiento distinto al establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Aunque se trata de uno de los amparos de la garantía de cumplimiento, en este caso específico la Entidad deberá seguir el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. Esta norma prescribe que “Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales [...]”, disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.”²¹

La razón para oponernos a la conclusión de la Agencia radica en que no existe norma que habilite la posibilidad de acudir a un procedimiento administrativo para declarar de forma unilateral la responsabilidad del contratista por la inestabilidad de la obra. Recuérdese que tanto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 restringe su aplicación a declaración de incumplimientos con miras a hacer efectiva la cláusula penal, por ende, no habilita la declaratoria de una responsabilidad de carácter postcontractual.

En ese orden de ideas, se considera que lo que procede es perseguir la declaratoria de responsabilidad del contratista y su garante ante el juez del contrato, quien deberá además cuantificar los perjuicios derivados de la inestabilidad de la obra. De igual manera, la entidad puede acudir directamente al garante –asegurador para requerir el pago correspondiente al amparo de estabilidad de la obra mediante una reclamación que cumpla con los requisitos del artículo 1.077 del Código de Comercio, tal como ocurre en el marco de los contratos de seguro en el derecho privado.

3.3.2. En el procedimiento administrativo únicamente debería ser procedente hacer efectiva la cláusula penal con naturaleza indemnizatoria frente al garante -asegurador

La Corte Suprema de Justicia ha explicado que, de acuerdo con el Código Civil, la cláusula penal pactada en un contrato puede tener distintas naturalezas de conformidad con lo acordado por las partes. Así el alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha establecido tres modalidades de cláusula penal en los siguientes términos:

“En síntesis, la cláusula penal tiene tres funciones, ya que sirve de apremio para coaccionar al deudor a cumplir sus débitos, en cuyo caso es moratoria o retardatoria; puede constituir una garantía para el acreedor cuandoquiera que remplace la obligación principal incumplida; y, finalmente, permite estimar de forma anticipada los perjuicios, evento en el que asume un rol compensatorio, es decir, se tiene como

²¹ Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Concepto C-143 del 3 de marzo de 2025.

indemnizatoria y exime al acreedor de probar la existencia del demérito y su cuantía (art. 1599 ibidem.), pues lo tasa y determina de forma convencional y anticipada."²²

De las modalidades expuestas, se tiene que la que incluyen con mayor frecuencia las entidades estatales en sus contratos son aquellas que funcionan como tasación anticipada de los perjuicios derivados de un incumplimiento estatal.

El acuerdo en cuestión permite que la entidad no requiere cuantificar los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento del contratista, por cuanto estos se encuentran predeterminados en el contrato, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado:

"Finalmente, la Sala precisa que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Estima la Sala que, por regla general, cuando el que se entiende configurado es el amparo de cumplimiento propiamente dicho y lo que se pretende hacer efectivo es el pago de la cláusula penal o las multas, no será necesario que en el trámite administrativo se discuta acerca de la determinación del monto de la pérdida –o en el caso de la multa de la sanción–, en la medida que el monto de la multa y de la estimación anticipada del perjuicio son aspectos que están definidos de antemano en dichas cláusulas desde la celebración misma del contrato amparado."²³

Eso sí, la entidad debe demostrar el porcentaje de incumplimiento del contrato con base en el cual va a hacer efectiva la cláusula penal, por cuanto de ello depende la aplicación de la proporcionalidad prevista en el artículo 1.596 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la aplicación de estas normas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades estatales aun cuando no se haya pactado expresamente tal posibilidad:

"Aunque no se pactó posibilidad de reducir proporcionalmente el valor de la pena, ese derecho está regulado en el artículo 1596 del Código Civil respecto del cumplimiento parcial de la obligación principal del contrato. Dice la norma:

"ARTICULO 1596. Rebaja de la pena por incumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."²⁴

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia con ocasión a la proporcionalidad ha dicho:

"En punto de su reducción, el artículo 1596 idem advierte que «[s]i el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal», regla que es concordante con el ordenamiento mercantil, cuyo artículo 867 in fine dispone que «[c]uando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez re-

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 507-2023 de 12 de enero de 2024. Rad. 11001-31-03-041-2020-00020-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2022. Exp. 53318. C.P. José Roberto Sáchica M.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2023. Exp. 57276. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

ducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte», lo cual acompasa con el principio de proporcionalidad entre la infracción y su reproche, que, al ser un dictado general, tiene inclusive venero en la Constitución Política.”²⁵

Ahora bien, frente a la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con naturaleza indemnizatoria en virtud de la tasación anticipada de perjuicios que ella envuelve, se considera que es perfectamente viable tanto de cara al contratista como de cara al garante – asegurador, por cuanto con la misma se pretende indemnizar a la entidad estatal por el incumplimiento del contratista.

No puede perderse de vista que las pólizas vinculadas a los procedimientos administrativos sancionatorios del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 consisten en seguros de cumplimiento, cuya naturaleza responde a un seguro de daños, los cuales se encuentran regidos por el artículo 1.088²⁶ del Código de Comercio, el cual establece que el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento y, por ende, los seguros de daños son de mera indemnización, como lo ha reconocido el alto tribunal de lo contencioso administrativo:

“Así, entonces, como en los seguros de daños de lo que se ampara al sujeto asegurado es de la pérdida o perjuicio patrimonial que pueda sufrir en razón de la ocurrencia del riesgo asegurado, debe concluirse que, en el caso del seguro de cumplimiento, sea o no constituido a favor de una entidad pública, el mero incumplimiento no configura el siniestro, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro se constituiría en fuente de enriquecimiento, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio.”²⁷

Así las cosas, conviene preguntarse: si la cláusula penal pactada en el contrato no obedece a una naturaleza indemnizatoria, ¿podría hacerse efectiva de cara al contratista y de cara al garante- asegurador?.

Al respecto, considero que es plenamente válido hacer efectiva la cláusula penal de naturaleza no indemnizatoria frente al contratista por cuanto el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone expresamente que dicho mecanismo faculta a las entidades para “imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato”, por lo cual, es claro que el contratista debe responder frente a la misma en caso de que la entidad encuentre probado el incumplimiento.

Por otro lado, frente al garante – asegurador la cuestión cambia por cuanto hacer efectiva frente a éste la cláusula penal con naturaleza no indemnizatoria conllevaría evidentemente a una violación del artículo 1.088 por cuanto el asegurador no estaría pagando una indemnización y con ello el asegurado – beneficiario (entidad estatal contratante) se

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 507-2023 de 12 de enero de 2024. Rad. 11001-31-03-041-2020-00020-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro.

²⁶ **ARTÍCULO 1088.** *Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2022. Exp. 53318. C.P. José Roberto SÁCHICA M.

estaría enriqueciendo. Esto, a su vez, puede verse como una violación del artículo 1.055 del Código de Comercio que dispone la inasegurabilidad de las sanciones²⁸.

Para esto, se considera sumamente ilustrativo lo dicho por el maestro Andrés Ordoñez en los siguientes términos:

*“A la luz de la legislación colombiana, se encuentra excluida la posibilidad de cubrimiento de sanciones pecuniarias cuando ellas tienen el carácter de penales o de policía conforme a lo dispuesto en el aparte final del artículo 1055 del Código de Comercio. Evidentemente, tratándose de una sanción de carácter contractual, sea que se trate de un contrato entre particulares o de un contrato estatal, no nos encontraríamos en este supuesto. Pero, conforme al principio sentado en el artículo 1.088 del Código de Comercio, podríamos llegar a la conclusión de que este amparo sería contradictorio con el carácter indemnizatorio de los seguros de daños y estaría en consecuencia descartado, se repite, bajo la óptica del seguro de cumplimiento.”*²⁹

En conclusión, la cláusula penal indemnizatoria puede hacerse efectiva frente al contratista y el garante – asegurador, pero la cláusula penal con una naturaleza distinta no debería ser objeto de aseguramiento y, por ende, sólo podría hacerse efectiva frente al contratista.

No obstante lo expuesto, el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013 compilado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015 consagró expresamente la cobertura de las multas dentro de los seguros de cumplimiento al disponer dentro de las coberturas del amparo de cumplimiento *“el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.”*

Con ello se avaló expresamente la cobertura de las sanciones en la contratación estatal, en la medida que la multa si bien contiene un alcance conminatorio, el mismo se materializa por vía de una sanción que se impone al contratista, como lo ha dicho el Consejo de Estado:

*“(…) la multa se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración 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. Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “tienen naturaleza conminatoria –sancionatoria y no indemnizatoria.”*³⁰

Frente a esto, se considera que la norma reglamentaria contraría una disposición imperativa del contrato de seguro como lo es el ya citado artículo 1088 del Código de Comercio, el cual si bien no se encuentra enlistado en el artículo 1.162 del estatuto comercial como norma de carácter imperativo, lo cierto es que *“por su*

²⁸ A pesar de que la norma en cuestión señala la inasegurabilidad de las sanciones penales y policivas, considero que cualquier tipo de sanción debe considerarse inasegurable dentro de los seguros de daños, toda vez que su cobertura resultaría contraria al artículo 1.088 del Código de Comercio.

²⁹ Ordoñez, Andrés. *Lecciones de Derecho de Seguros No. 2: Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. Exp. 64154. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

naturaleza o por su texto”³¹ lo es y en virtud de ello no debería ser procedente la aplicación de la norma que permite la cobertura de la multa ni de ninguna sanción en el seguro de cumplimiento.

3.4. A la entidad contratante le corresponde la carga de la prueba del incumplimiento

Dado que el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ha sido catalogado como un procedimiento administrativo sancionatorio especial, le son aplicables las normas propias de tales procedimientos, conforme con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 3 y art. 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011) y, en su defecto, las normas del procedimiento administrativo general.

El artículo 3 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011 establece expresamente que “*en materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de **presunción de inocencia**, de no reformatio in pejus y non bis in idem*”.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrado”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración.”*³²

De conformidad con lo anterior, en materia de procedimientos administrativos sancionatorios, sean o no contractuales, prevalece ante cualquier circunstancia el principio de presunción de inocencia, lo cual da lugar a que en toda actuación, la entidad estatal que pretende dar lugar a las sanciones o consecuencias previstas en la ley, en este caso, en la Ley 1474 de 2011 artículo 86, debe demostrar, con suficiencia, los supuestos fácticos en que se basa su acusación y los motivos de incumplimiento.

En línea con lo anterior, se extrae que en los procedimientos administrativos sancionatorios corresponde a la entidad estatal derribar la presunción de inocencia consagrada en el artículo anterior. Para el efecto, en el caso particular del procedimiento administrativo sancionatorio contractual del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que a su vez desarrolla el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011, a la entidad contratante

³¹ **ARTÍCULO 1162. <NORMAS INMODIFICABLES Y MODIFICABLES SOLO EN SENTIDO FAVORABLE>**. Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161.

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012. Exp. 20738. C.P. Enrique Gil Botero.

le corresponde acreditar el incumplimiento contractual imputado al contratista y la causación y tasación de los perjuicios sufridos por la entidad.

En el marco del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, si la entidad contratante considera que el contratista incurrió en un incumplimiento generador de perjuicios, le incumbe probar los supuestos de hecho que soportan tal incumplimiento.

Lo anterior ha sido refrendado por la doctrina al señalar que la presunción de culpa en procedimientos administrativos sancionatorios corresponde únicamente al legislador en los casos que expresamente lo considere. De lo contrario, al no establecerse en la ley una presunción de culpa, la carga de la prueba estará en cabeza de la entidad estatal. Al respecto, la doctrina ha señalado:

<< Se anota que la presunción de culpa solo opera en los procedimientos administrativos sancionatorios, cuando el legislador así lo ha dispuesto expresamente, como acontece en el contrato de obra según lo expuesto previamente, o en el procedimiento sancionatorio ambiental (Ley 1333 de 2009). De lo contrario, el principio de presunción de inocencia asigna a la entidad la carga de los elementos de la responsabilidad, esto es, el hecho generador (el incumplimiento de una obligación contractual), el daño, perjuicio o deterioro, y la imputabilidad de estos al contratista, a título de dolo o culpa.>>³³

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

<<Es necesario indicar que la posibilidad de excepcionar el principio de presunción de inocencia sólo corresponde en nuestro sistema al legislador, quien en el momento de regular las particularidades de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores, debe hacer un juicio constitucional de razón suficiente para delimitar aquellos supuestos en los que la inversión de la carga de la prueba se justifica al servir de instrumento de protección de intereses colectivos y, por ende, evitar que la infracción desemboque en daños irreversibles o en motivos relacionados con el correcto obrar de la administración pública y el cumplimiento de deberes impuestos a los ciudadanos.>>³⁴

De igual forma y aun con mayor importancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y particularmente la Sentencia C-499 del 2015 que analizó la constitucionalidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señaló explícitamente que al contratista lo cobija la presunción de inocencia y le corresponde a la entidad estatal contratante derribar esa presunción de inocencia con medios de prueba válidamente recaudados y practicados en el procedimiento administrativo. La Corte señaló:

<< Como se advirtió atrás, la presunción de buena fe en las gestiones del contratista ante la entidad estatal, es una presunción de hecho y, por lo tanto, admite prueba en contrario. En el ejercicio probatorio que se hace en la audiencia, que incluye las pruebas recaudadas y practicadas por la entidad estatal y las solicitadas por el con-

³³ Mateus Londoño, Diana Lorena. *Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia*. Revista Digital de Derecho Administrativo No. 24 de la Universidad Externado de Colombia. Segundo semestre de 2020. PP. 183 -211.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 20738.

tratista y practicadas en ella, y que permite la contradicción de la prueba, no se parte de una presunción de mala fe del contratista, sino que con fundamento en medios de prueba aportados de manera regular, conforme a lo previsto en el procedimiento administrativo, se desvirtúa la presunción de buena fe que ampara a su gestión.>>³⁵

En virtud de lo anterior, no se presume el incumplimiento del contratista, sino que la entidad debe, necesariamente, demostrar con pruebas que recaude y aporte ella misma, la responsabilidad contractual de éste y los perjuicios sufridos. De tal manera que bien podría el contratista asumir una defensa silenciosa esperando que la entidad derruya su presunción de inocencia, pues es a ésta a la que le corresponde debidamente probar los hechos que constan en la citación y no al revés; en otras palabras, al contratista no le corresponde acreditar su diligencia y cumplimiento, sino que es a la entidad a la que le corresponde probar que incumplió una cláusula contractual o una disposición normativa.

3.5. Los medios de prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual: su oportunidad y contradicción

El artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, norma aplicable a los procedimientos administrativos en materia de prueba dispone que “*serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil*”.

Dicho esto, a la entidad y al contratista les corresponde restringirse a los medios de prueba contemplados en el artículo 165 Código General del Proceso, el cual si bien no establece una lista taxativa, si enumera aquellos que cuentan con regulación especial en torno a su aporte, decreto y contradicción.

Por otro lado, si bien en los procesos administrativos sancionatorios contractuales, a la luz del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se deberá acompañar la citación con “*el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación*”, tal informe de interventoría o supervisión no necesariamente comporta por sí solo una prueba del incumplimiento que se le imputa al contratista. En efecto, el informe de interventoría o supervisión corresponde únicamente a un relato de hechos y circunstancias que deben ser tema de prueba en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio con miras a acreditar efectivamente el incumplimiento que se le aduce al contratista.

Frente al concepto de “tema de prueba”, el tratadista Hernando Davis Echandía indicó que “*se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes*”.³⁶

En ese orden de ideas, en el marco del proceso deberán ser tema de prueba todos aquellos hechos sobre los que se soporte el informe de interventoría o supervisión y a

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁶ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I*. Rubinza – Culzoni Editores, p. 73.

la luz del artículo 167 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, le incumbe a la entidad contratante probar todos los hechos que soporten el incumplimiento y, en consecuencia, las normas que establecen las consecuencias derivadas del mismo.

Ahora bien, frente a lo anterior debe precisarse que en ocasiones el informe de interventoría o supervisión se comporta como un verdadero medio de prueba dado que se elabora como un dictamen pericial, en el cual el interventor o el supervisor actúa como un perito determinando la existencia de un incumplimiento, cuantificando la proporción del mismo y cuantificando perjuicios que de él se derivan.

Por otro lado, se tiene que si bien la ley señala que debe adjuntarse a la citación para dar inicio al procedimiento sancionatorio, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido que tal informe no es un requisito obligatorio y puede prescindirse de éste para iniciar el procedimiento administrativo.

“Aceptar la interpretación de la parte actora según la cual el proceso sancionatorio únicamente puede iniciar con un informe de incumplimiento elaborado por la interventoría contratada: (i) imposibilitaría a las entidades contratantes ejercer de manera autónoma su facultad sancionatoria contractual e implicaría una renuncia o traslado del deber permanente de vigilancia y control, desconociendo lo establecido en los artículos 4, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993, conforme a los cuales, corresponde a la entidad exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, adelantar revisiones periódicas de las obras, verificar las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y promover las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes, sin que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales queden exonerados de estas funciones por virtud de la delegación de sus deberes o por la designación de un interventor; y, (ii) que en casos como el presente, donde la interventoría incumplió con las labores a su cargo, o cuando ésta omite elaborar un informe de incumplimiento, la entidad se viera impedida para ejercer sus facultades sancionatorias y conminar al contratista al cumplimiento del contrato, contrariando lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 200728 y 86 de la Ley 1474 de 2011.”³⁷

Así las cosas, aunque no resulta obligatorio aportar el informe de interventoría o supervisión, el hecho de no contar con éste conlleva para la entidad una dificultad de importante calado por cuanto deberá recaudar y aportar directamente las pruebas del incumplimiento del contratista al procedimiento administrativo.

3.5.1. La oportunidad para aportar pruebas en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual

Tal como se ha indicado en precedencia, frente a los procedimientos administrativos sancionatorios, ante la ausencia de norma expresa en materia probatoria, es aplicable el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 que regula la solicitud, decreto, práctica y contradicción de las pruebas en los procedimientos administrativos en general.

³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2025. C.P. José Roberto SÁCHICA. Exp. 70099.

El artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

“Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.”

El aparte subrayado consistente en la imposibilidad de promover recursos contra el acto que decida sobre la solicitud de pruebas fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-034 de 2014 y fue declarado exequible. Sin embargo, al momento de determinar su constitucionalidad, la Corte estableció que tal determinación se extrae de que (i) el procedimiento administrativo requiere ser ágil y (ii) todos los administrados cuentan con la garantía de solicitar y aportar pruebas en cualquier momento del procedimiento.

Al respecto, la Corte dijo:

“La exclusión de recursos contra la decisión que resuelve las solicitudes de pruebas durante el trámite administrativo es además adecuada para lograr esos fines, pues en un procedimiento que permite al interesado solicitar pruebas durante toda la actuación, sin prever una etapa preclusiva para el efecto, la eventual presentación de recursos contra cada acto administrativo que niegue una prueba implica costos temporales, y hace menos ágil la adopción de las decisiones pertinentes.

*Así las cosas, la norma objeto de censura permite que el trámite administrativo se adelante de manera ágil, sin que sea constantemente suspendido o afectado por la discusión sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas. Y así satisficiera intensamente los principios de economía, celeridad, eficacia, eficiencia. **En otros términos, si durante toda la actuación pueden solicitarse pruebas, la interposición sucesiva de recursos contra cada acto que resuelva esas solicitudes atentaría contra la diligencia del procedimiento,** y comportaría el empleo de recursos administrativos y temporales considerables.”* (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, si en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual no proceden recursos contra el acto que decide sobre una solicitud probatoria, es porque el interesado, en este caso el contratista y el garante, pueden solicitar pruebas en cualquier momento de la actuación.

Al respecto, entonces debe concluirse que si bien el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que con la presentación de descargos se pueden aportar y solicitar pruebas, ello no impide que puedan realizarse tales actuaciones en cualquier otro momento del procedimiento, en cuanto se trata de una garantía del administrado.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 establece que con los recursos presentados en los procedimientos administrativos, es posible *“solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer”*. De esta manera, el recurso de reposición que procede contra la decisión sancionatoria resultante del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es otra ventana para aportar y solicitar pruebas.

3.5.2. La contradicción de las pruebas en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual

Las pruebas practicadas en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pueden ser objeto de contradicción. Para el efecto, conforme con el ya citado artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, al ser admisibles los medios de prueba del Código General del Proceso resulta evidente que las reglas de contradicción son las dispuestas para cada medio de prueba en dicho estatuto procesal.

Ahora bien, dado que en ocasiones se considera que el informe del interventor o del supervisor configura un medio de prueba o cuenta con anexos con tal calidad, habría que preguntarse si frente a estos es posible ejercer contradicción. Al respecto, nos adherimos a lo sostenido en la doctrina:

<< Así, el informe de interventoría o de supervisión que debe allegar la entidad junto con la citación al procedimiento sancionatorio contractual debe poder controvertirse por el contratista.

En aquellos casos en que el interventor o supervisor han practicado pruebas para sustentar su informe, el contratista puede acceder y contradecir las pruebas practicadas directamente por aquellos, aun cuando las mismas no se practiquen durante el procedimiento. Si por ejemplo la interventoría advierte problemas de calidad de una obra contratada y decide, para soportar su informe de requerimiento a la entidad de declaratoria de incumplimiento, practicar una prueba técnica que determine las causas de las fallas de la obra, la entidad contratante tendrá el deber de dar la oportunidad al contratista para que evalúe los procedimientos bajo los cuales se adelantó la prueba practicada por la interventoría, conozca los documentos a los que tuvo acceso el experto para rendir su dictamen o concepto, y a contradecir los procedimientos y conclusiones a las que este llegó al practicar la prueba.>>³⁸

En ese orden de ideas, siendo aportados conceptos técnicos por parte del interventor, en virtud de su calidad técnica, o siendo el informe de interventoría un insumo técnico para la entidad, resulta claro que debe satisfacerse su contradicción.

Para el efecto, se considera que la vía adecuada es la aplicación del inciso segundo del artículo 165 del Código General del Proceso que dispone que “*el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.*”

Es decir, el trámite de contradicción que debe surtirse frente al informe de interventoría debería ser el previsto para los dictámenes periciales (art. 228 del C.G.P.) por tratarse del medio de prueba semejante por excelencia.

De conformidad con el artículo 228 del Código General del Proceso, es procedente la contradicción por medio de tres vías: (i) la citación del perito (en este caso el

³⁸ Mateus Londoño, Diana Lorena. *Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia*. Revista Digital de Derecho Administrativo No. 24 de la Universidad Externado de Colombia. Segundo semestre de 2020. PP. 183 -211.

interventor) a la audiencia para ser interrogado, (ii) la aportación de un dictamen de contradicción o (iii) las dos vías anteriores de forma conjunta.

Por último, debe señalarse que de ninguna forma resulta aplicable considerar la posibilidad de solicitar un dictamen pericial en los términos del artículo 219 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la remisión normativa que dispone el artículo 40 *ibidem* está limitada al Código General del Proceso y no a los medios de prueba propios del proceso contencioso administrativo.

3.6. Independencia de responsabilidades del contratista y del asegurador

Es imperante tener en consideración que, aunque se adelante el procedimiento administrativo sancionatorio en contra del contratista y de su garante, la suerte del primero no necesariamente compromete la suerte del segundo.

En efecto, el contratista será responsable por los incumplimientos generadores de perjuicios al contratante conforme con lo dispuesto en el contrato estatal; mientras que, por su parte, el asegurador será responsable en los términos del contrato de seguro celebrado que, si bien ampara en favor de la entidad contratante los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista, existan circunstancias que pueden hacer que la responsabilidad del primero no comprometa la del segundo, como puede ser, por ejemplo, el acaecimiento de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro consagrada en el artículo 1.081 del Código de Comercio.

Al respecto, debe traerse a colación lo especificado por la doctrina en torno a la independencia de responsabilidades entre el contratista y el asegurador al emitir una garantía de cumplimiento. El doctrinante Juan Manuel Díaz Granados ha indicado³⁹:

“Los seguros de daños cubren por regla general el daño emergente que sufre el asegurado y solo por pacto expreso se ampara el lucro cesante (C. CO., art. 1079), regla que es aplicable al seguro de cumplimiento”⁴⁰.

Los perjuicios sufridos por el asegurado deben ser probados ante el asegurador, bajo las disposiciones del derecho común que regulaban el perjuicio. En el derecho de los contratos se prevé la posibilidad de cuantificar el valor de los perjuicios mediante la cláusula penal (incluida la cláusula multa)”⁴¹.

El seguro de cumplimiento no es un contrato accesorio. Pero tampoco comporta una obligación accesorio, ya que la obligación a cargo del asegurador que surge del seguro de cumplimiento es diferente de la obligación garantizada, en contraste con lo que acontece con la fianza. Dicha postura ha sido recogida por la jurisprudencia”⁴²

³⁹ Díaz- Granados et al. Teoría General del Seguro. Los Seguros en Particular. Editorial Temis S.A. 2023, p. 176 - 177.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid*.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 agosto de 2008. Radicación 03216-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

y por la doctrina⁴³.

Si bien la obligación del asegurador es diferente de la obligación garantizada, su alcance está referido a esta y se circunscribe a la indemnización de los perjuicios sufridos por el acreedor (asegurado) como consecuencia de un incumplimiento imputable al deudor.

Así las cosas, por su propia concepción el contrato de seguro de cumplimiento y la obligación del asegurador se encuentran relacionadas con la obligación garantizada y su respectiva fuente, de manera que lo que acontezca con estas tendrá incidencia directa en aquellos.

Lo anterior significa que el fenómeno del incumplimiento es un elemento común que determina el nacimiento de obligaciones tanto en la relación primigenia (por ejemplo, en el contrato garantizado), como en el contrato de seguro⁴⁴."

De lo anterior se extrae claramente que si bien el incumplimiento contractual del contratista supone a su vez el punto de partida para su responsabilidad y para la del asegurador, lo cierto es que se trata de dos responsabilidades distintas y plenamente diferenciadas.

El contratista tiene la obligación de responder por los perjuicios generados por el incumplimiento contractual y tal deber indemnizatorio recae sobre su patrimonio, sin que exista una relación con el asegurador que obligue a este último a pagar respaldando la obligación del contratista. El asegurador tiene una relación de aseguramiento únicamente con la entidad estatal⁴⁵ y tiene el deber de pagar los perjuicios derivados del incumplimiento del contratista en caso de que la póliza efectivamente ampare el hecho de acuerdo con el Decreto 1082 de 2015 y las normas especiales aplicables en materia del contrato de seguro.

En caso de que el asegurador no se vea obligado, en los términos de las normas anteriormente descritas, a pagar suma alguna o a pagar una suma inferior al perjuicio, el contratista seguirá siendo efectivamente responsable por la diferencia.

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que el hecho de que se exima a un asegurador de asumir una determinada obligación derivada de un incumplimiento contractual "*no aplica en relación con la contratista a la que se le impuso -de manera principal- la obligación de pagar los daños generados por los defectos de la obra. La obligación de la compañía de seguros está condicionada a la existencia de la obligación de la contratista, no al a inversa*".⁴⁶

⁴³ Álvaro Pérez Vives, Garantías Civiles, Bogotá, Edit. Temis, 1986., p. 360; Jorge Eduardo Narváez Bonnet, El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Ibáñez, 2011., p. 132 y Carmenza Mejía Martínez, en su artículo "Vicisitudes del seguro de cumplimiento", ob. Cit., p. 1049.

⁴⁴ Díaz -Granados et al. Teoría General del Seguro. Los Seguros en Particular. Editorial Temis S.A. 2023, pp. 176 - 177.

⁴⁵ La entidad estatal es la asegurada y beneficiaria en el contrato de seguro.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2023. Exp. 67240. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

3.7. La caducidad de la potestad sancionatoria de la administración y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y su aplicación en el procedimiento administrativo sancionatorio

En materia de procedimiento administrativo sancionatorio contractual, resulta de suma relevancia analizar la convergencia de dos figuras jurídicas aplicables en materia de límite temporal para las entidades estatales contratantes para proferir la decisión sancionatoria contenida en el acto administrativo resultante del procedimiento.

En términos generales, el límite temporal con el que cuenta la entidad para proferir el acto administrativo sancionatorio se extrae del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 que dispone:

***“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.”*

Dado que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no establece un término para proferir la decisión, resulta pertinente aplicar el término de 3 años fijados en el artículo 52 de la Ley 1437, los cuales se contabilizan desde la ocurrencia del hecho que da lugar a la imposición de la sanción.

El término descrito se contabiliza hasta el momento en que la entidad profiere la decisión sancionatoria -no necesariamente definitiva-, la cual debe diferenciarse de los recursos que contra esta proceden. Es decir, en el marco del procedimiento administrativo, a la entidad le corresponde proferir la decisión dentro de los 3 años siguientes al presunto incumplimiento y el eventual recurso de reposición que proceda deberá resolverse dentro del año siguiente. Este límite temporal opera de cara a la responsabilidad del contratista.

La responsabilidad del asegurador, plenamente diferenciada como se indicó en el aparte anterior, se sujeta a normas propias del contrato de seguro que, en materia de prescripción, están sujetas al artículo 1.081 del Código de Comercio, el cual establece:

***“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

De la norma se extraen dos vías independientes que tienen la virtualidad de consumir la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. La vía ordinaria con un término de dos años que inicia su cómputo desde el conocimiento del interesado, en este caso, la entidad estatal contratante (o el momento en que éste debió conocer), y la vía extraordinaria con un término de cinco años que se contabiliza desde el hecho que da base a la acción, en este caso, desde el presunto incumplimiento del contratista, cual es el hecho amparado.

Debido a que cada una opera de forma independiente, la posibilidad de hacer efectiva la póliza prescribe cuando se consuma alguna de las dos vías prescriptivas; es decir, la que opere primero consuma la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Lo anterior ha sido reconocido y aplicado por el Consejo de Estado en abundante jurisprudencia, en la cual se advierte que suele consumarse con mayor frecuencia la prescripción ordinaria debido a que el plazo es más corto y usualmente el conocimiento se presenta en un momento cercano al incumplimiento como hecho que da base a la acción, tal como se expone a continuación.

3.7.1. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la declaración de incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal

En lo relativo a la prescripción ordinaria en materia de seguro de cumplimiento, y particularmente, en lo relativo a la facultad de declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, el Consejo de Estado ha señalado que el término de prescripción se computa desde (i) el momento en que la entidad conoció el incumplimiento imputable al contratista o (ii) el momento en que razonablemente la administración debió conocer el incumplimiento lo cual puede deducirse del examen del plazo dentro del cual debía cumplir la obligación (si el contratista debió cumplir en un momento puntual y no lo hizo, ahí puede entenderse que *debió conocer*).

Así las cosas, el conocimiento del hecho para contabilizar la prescripción en el contrato de seguro se manifiesta cuando *“haya tenido o debido tener conocimiento del hecho o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, o ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias, como del examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia del incumplimiento que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció”*.⁴⁷

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho expresamente:

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2023. Exp. 67240. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

“Que el término de prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que razonablemente debió tenerlo, pues a esto se refiere la norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado <<haya tenido o debido tener conocimiento del hecho>>: o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, o ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias, como del examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia del incumplimiento que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció.”⁴⁸

En el mismo sentido, en otra sentencia, el alto tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

“Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor”⁴⁹

En otra sentencia muy reciente de abril de 2025, el Consejo de Estado declaró la nulidad de las resoluciones que declararon el incumplimiento y afectaron la póliza de cumplimiento en razón a que transcurrieron más de dos años desde el conocimiento. En esa decisión, el Consejo de Estado destacó que a las entidades públicas les corresponde finalizar el trámite administrativo (art. 86 Ley 1474 de 2011) o acudir a sede judicial antes de que opere la prescripción so pena de anulabilidad del acto administrativo. Al respecto, el alto tribunal dijo:

“El deber de proteger el patrimonio público impone a las entidades estatales que una vez conocida la ocurrencia del hecho que da base a la acción derivada del contrato de seguro, adelanten todas las actuaciones que estimen convenientes o necesarias de cara la reclamación de su derecho –bien sea por vía administrativa o a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos– dentro del derrotero infranqueable establecido por el término de prescripción extintiva al que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio, puesto que, al tratarse de un plazo perentorio de carácter objetivo, su cómputo no pende de supuestos que están sujetos a consideraciones subjetivas ajenas a lo regulado en la ley.

***Las razones expuestas evidencian que en este caso se configuró la prescripción extintiva ordinaria de la acción derivada del contrato de seguro, en tanto entre el momento en que la entidad asegurada conoció la ocurrencia del siniestro – finales del año 2013– y la fecha en que expidió el acto administrativo que lo declaró –23 de noviembre de 2017–, transcurrieron más de dos años, lo que impone revocar la sentencia impugnada, para, en su lugar, declarar la nulidad parcial de la Resolución 513 de 2017 y su confirmatoria, la 569 de 2017, únicamente en lo que concierne a la orden dada en el numeral cuarto de la parte resolutive de la primera de ellas, en el sentido de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza de cumplimiento No. 3000314”⁵⁰** (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2023. Exp. 67240. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de mayo de 2013. Exp. 24810. C.P. Olga Valle de De La Hoz.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 4 de abril de 2025. Exp. 69573. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

De igual manera, ha indicado que el asegurado no puede contabilizar la prescripción desde un momento que depende de éste. El punto de partida es el conocimiento de la entidad asegurada y éste no tiene cualificación ni condicionamiento. Si la entidad le da un término al contratista para, por ejemplo, hacer reparaciones, debe saber que ese plazo no prolonga el término de prescripción y, por ende, debe reclamar o expedir el acto administrativo en el término de dos años desde que conoció el incumplimiento.

Por su parte, la doctrina ha dicho:

“A partir de las sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado de 1991 y 1998 se definieron las reglas específicas para la prescripción de los seguros a favor del Estado, mediante la combinación de las normas del Código de comercio con las propias del derecho administrativo.

La administración para expedir el acto administrativo que declara el siniestro se sujeta al término de dos años previsto en el artículo 1.081 del Código de Comercio. Si el acto se expide extemporáneamente, habrá acaecido la prescripción del derecho de la administración, siendo nulo el acto administrativo.”⁵¹

Ahora bien, en los asuntos en que no exista claridad acerca de cuando conoció la entidad contratante el término debe contabilizarse a partir del momento en que la entidad debió conocer, tal como lo dispone el mentado artículo 1.081 del Código de Comercio. Y ese momento se entiende que es, usualmente, el vencimiento del plazo contractual, dado que allí es cuando la entidad puede saber si las prestaciones fueron cumplidas o no.

Esta postura relativa a contabilizar el término de prescripción desde la finalización del plazo contractual ha sido expuesta en diversas sentencias, las cuales se transcriben a continuación:

“Lo anterior, debido a que, al no realizarse la entrega de la subestación eléctrica el 1 de abril de 1997 -plazo final para ejecutar el contrato y fecha en la que EMCALI tuvo certeza del incumplimiento- ese día empezó a contar el término de prescripción del contrato de seguro, lo que implica que, para que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. tuviese alguna obligación por el incumplimiento del contrato GEP-074-95, la reclamación judicial o extrajudicial debió haberse hecho a más tardar el 1 de abril del 2002”⁵²

En otra sentencia, el Consejo de Estado señaló:

“El Consejo de Estado se ha referido al cómputo de la prescripción en aquellos casos en los que el siniestro corresponde al incumplimiento de una obligación en un plazo determinado. Y ha concluido que esta se computará desde el vencimiento del plazo del contrato o desde el vencimiento del plazo previsto para la ejecución de la obligación, si hay una estipulación expresa en ese sentido.”⁵³

⁵¹ Díaz -Granados et al. Teoría General del Seguro. Los Seguros en Particular. Editorial Temis S.A. 2023, p. 185.

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2019. Exp. 39363. C.P. Carlos Zambrano Barrera.

⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de junio de 2024. Exp. 70113. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

En otra decisión del alto tribunal se indicó que si no se tiene certeza del momento del conocimiento, se debe entender que en todo caso la entidad *debió conocer* al momento en que finalizó el plazo contractual. El Consejo de Estado indicó:

*“Similar situación ocurrió con la no entrega oportuna del autenticador electrónico del ciudadano, solución informática que no se entregó dentro del plazo contractual y, por el contrario, fue recibida por la entidad por fuera de este (7 de diciembre de 2010), lo cual no desdice del hecho consistente en que FONTIC tuvo conocimiento pleno de la configuración del siniestro de incumplimiento a partir de la expiración del plazo contractual, en efecto, extinguido este el 29 de octubre de 2010 sin la entrega del AEC, se configuró el siniestro de incumplimiento y FONTIC tuvo certeza de ello, por lo cual a partir del día siguiente inició a contabilizarse la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro, en lo relativo al amparo de cumplimiento”*⁵⁴

Finalmente, en una sentencia muy reciente de 19 de agosto de 2025, el Consejo de Estado anuló las resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento de un contratista y se ordenó afectar la póliza por haber operado la prescripción ordinaria del contrato de seguro. En ese asunto, el Consejo de Estado dijo expresamente:

*“En el expediente obra el acta de terminación del contrato de obra suscrita el 6 de mayo de 2011; así como el informe de interventoría que señala que a esa fecha las anteriores prestaciones se encontraban pendientes de ejecución, razón por la cual, la entidad conoció el siniestro de cumplimiento en dicha fecha, por lo tanto, el plazo de prescripción del contrato de seguro empezó a contabilizarse desde el 7 de mayo de 2011 y vencía el 7 de mayo de 2013; en consecuencia, la entidad tenía hasta esa fecha para declarar la ocurrencia del siniestro, lo que indica que para la fecha de la expedición de las resoluciones que ordenaron hacer efectiva la póliza de seguros (16 de octubre de 2014 y del 8 de enero de 2015), ya había operado la prescripción y, por consiguiente, se había extinguido la obligación de pago en cabeza de la aseguradora.”*⁵⁵

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado ha reconocido que la no expedición de la decisión sancionatoria definitiva (la que pone fin al procedimiento resolviendo los recursos) en el marco de declaración de incumplimientos dentro de los dos años siguientes al conocimiento del incumplimiento o del momento en que debió conocer el mismo (vencimiento del plazo contractual en la mayoría de los casos) consuma la prescripción ordinaria.

3.7.2. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro frente a la imposición de multas y declaración de caducidad del contrato

En materia de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro aplicada a la imposición de las multas y la declaración de la caducidad del contrato es necesario

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2023. Exp. 57276. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2025. Exp. 71668. C.P. Fredy Ibarra Martínez.

remitimos al artículo 128 del Decreto 1510 de 2013 compilado en el artículo 2.2.1.2...3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. *La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:*

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”

A partir de la norma citada, se advierte que la naturaleza del acto que declara la caducidad del contrato y del que impone la multa al contratista es diferente a la del acto administrativo que declara el incumplimiento. Los dos primeros, de acuerdo con la norma, son actos administrativos que cumplen el rol de ser el siniestro en sí mismo (y también de reclamación), mientras que el tercero simplemente declara que el siniestro (incumplimiento) ocurrió en el pasado y cuantifica los perjuicios derivadas del mismo, por lo cual, el acto administrativo no es el siniestro sino la reclamación de éste al asegurador.

Esto tiene un impacto directo en la prescripción, toda vez que si el acto administrativo constituye el siniestro y, al mismo, la reclamación al asegurador, el término prescriptivo nunca inicia su cómputo dado que con el mismo documento -acto administrativo - nace el derecho a reclamar y se realiza el reclamo simultáneamente.

Por su parte, cuando se trata de declaratoria de incumplimientos, dado que el incumplimiento es el siniestro y el acto administrativo es la reclamación, es claro que, como se indicó en el título anterior, la prescripción ordinaria se computa desde el conocimiento del incumplimiento hasta la notificación del acto administrativo definitivo y la prescripción extraordinaria desde el incumplimiento en sí mismo hasta la notificación del acto administrativo.

Esto fue objeto de estudio por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado⁵⁶, la cual en sentencia de unificación referida a los seguros de cumplimiento de disposiciones legales, arribó a las siguientes conclusiones:

“(iv) Enunciación de las reglas de unificación

De esta forma, es posible plantear las siguientes reglas respecto de siniestro y la prescripción en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, así:

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 29 de junio de 2023. Rad. No. 76-001-23-31-000-2008-00846-01. C.P. Roberto Augusto Serrato V.

153.1. El siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera, se materializa:

153.1.1. Al momento del incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, caso en el cual el acto administrativo es declarativo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la ocurrencia del siniestro.

153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo.

153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía.

153.2. En el evento en que el siniestro se materialice con el incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del siniestro que da lugar a la acción.

153.3. El término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de disposiciones legales no correrá, en el evento en que el siniestro lo constituya la firmeza del acto administrativo que impone la sanción.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En consecuencia, en tratándose del siniestro de imposición de multas y declaratoria de caducidad, de acuerdo con el Consejo de Estado frente al mismo no procede la prescripción – ni ordinaria ni extraordinaria - por la particularidad en torno a su nacimiento y reclamación y, por tanto, será fundamental que el acto administrativo se expida y notifique en vigencia de la póliza, pues de lo contrario, se entenderá que el siniestro no se encuentra cubierto por los límites temporales del seguro. En cuanto a la declaración de incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal, el término prescriptivo, como ya se señaló, cuenta desde el conocimiento del incumplimiento (o el momento en que debió conocerlo) hasta la notificación del acto administrativo definitivo.

4. LOS ACTOS PROFERIDOS EN MATERIA PRECONTRACTUAL Y/O CONTRACTUAL POR LAS ENTIDADES NO SOMETIDAS AL EGCAP CORRESPONDEN A ACTOS DE DERECHO PRIVADO Y NO A ACTOS ADMINISTRATIVOS

La jurisprudencia del Consejo de Estado desarrolló paulatinamente la tesis según la cual los actos que emiten las entidades estatales no sometidas al EGCAP corresponden a actos precontractuales o contractuales -según sea el caso- de carácter privado y, de ninguna manera, actos administrativos. Esta postura se consolidó en sendas sentencias de unificación.

En efecto, en materia precontractual el Consejo de Estado en sentencia de 5 de junio de 2018⁵⁷ indicó que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que dispone que, por regla

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 5 de junio de 2018. Exp. 59530.

general, los actos emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se encuentra el acto precontractual de adjudicación, *“se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”, con lo cual concluyó que la expedición y el contenido de los actos precontractuales estaban regidos por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.*

Esta postura fue retomada en sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en la cual el Consejo de Estado estableció como regla unificada en relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios:

“Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.”⁵⁸

No obstante, esta postura puede considerarse aplicable también a entidades que escapan al EGCAP diferentes a las empresas de servicios públicos domiciliarios, como se dijo en sentencia posterior a la unificación jurisprudencial:

<<Por tratarse de una entidad pública exceptuada de la aplicación del EGCAP, los actos precontractuales de Ecopetrol S.A. no constituyen actos administrativos, conforme a la jurisprudencia de la corporación en este tópico. Por tal motivo, la decisión del 27 de diciembre de 2013 examinada en esta oportunidad no ostentó dicha naturaleza.>>⁵⁹

En relación con los actos contractuales de las entidades no sometidas al estatuto, el Consejo de Estado ha indicado con claridad que se trata de actos de derecho privado y no actos administrativos. Al respecto, el alto tribunal ha indicado:

“[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos (...)”⁶⁰

Esta tesis se consolidó en sentencia de unificación de mayo de 2024⁶¹, en la cual el Consejo de Estado fijó como regla jurisprudencial unificada en torno a los prestadores de servicios públicos domiciliarios:

“(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de 3 de septiembre de 2020. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. 42003

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2024. C.P. Fernando Pardo Flórez. Exp. 70247.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2017. Exp. 57.394

⁶¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de 9 de mayo de 2024. C.P. José Roberto SÁCHICA M. Exp. 53962.

las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.”

Ahora bien, al igual que en relación con la postura fijada en torno a los actos precontractuales, es perfectamente viable entender que tal consideración procede también en idéntica forma frente a todas las entidades no sometidas por el estatuto, sean o no prestadores de servicios públicos. En efecto, en la misma sentencia de unificación se dijo:

“De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de estos, se trata de actos contractuales y no administrativos”

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto los actos precontractuales, como los contractuales, de las entidades sometidas al derecho privado no constituyen actos administrativos.

5. PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTOS E IMPOSICIÓN DE MULTAS POR LA VÍA DE LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 EN CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO

Ahora bien, teniendo claro que los actos precontractuales y contractuales proferidos por las entidades sometidas al derecho privado no tienen la connotación de actos administrativos, conviene preguntarse si tales entidades pueden aplicar procedimientos unilaterales para llevar a cabo la imposición de multas o declarar incumplimientos.

Al respecto, la respuesta que ha dado el Consejo de Estado es positiva. En efecto, es viable que las entidades estatales sometidas al régimen privado pacten con sus contratistas la posibilidad de acudir a procedimientos unilaterales como el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para imponer las multas o declarar incumplimientos. Sin embargo, como ya se dijo, el resultado de dicho trámite no será un acto administrativo sino un acto de derecho privado que carece de las facultades propias del primero como la ejecutividad o la ejecutoriedad y, por ende, ante la falta de acatamiento del contratista frente a dicho acto, la entidad tendrá que acudir al juez del contrato para hacerlo efectivo.

En ese sentido, el Consejo de Estado señaló:

“En contravía de estas posiciones jurisprudenciales referidas, en épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que “las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula

*penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas". Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, "son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado."*⁶²

En el mismo sentido, conviene traer a colación nuevamente el aparte jurisprudencial citado de la sentencia de unificación del año 2024 en el cual se dijo:

*"De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante (...)"*⁶³

En otro pronunciamiento, el alto tribunal reiteró esta tesis en los siguientes términos:

*"Dicho esto, cabe precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en los contratos que no se rigen por el EGCAP pueden estipularse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, como concreción del principio de la autonomía de la voluntad, lo que en manera alguna las equipara a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley. En este orden de ideas, esta Sección ha considerado que este tipo de consensos debe plasmarse de manera expresa y clara, diferenciando estas facultades de las potestades unilaterales previstas en la Ley 80 de 1993."*⁶⁴

Ahora bien, en este último pronunciamiento el Consejo de Estado llegó, incluso, al punto de indicar que es posible que las entidades sometidas al régimen privado acudan el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a pesar de que este se encuentra previsto para entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, para acudir a este procedimiento, el mismo debe ser pactado de forma expresa en el contrato. En efecto, el alto tribunal sostuvo:

"En el caso concreto, como el contrato de compraventa No. 9677-MECO-VID19-540-2020 se celebró con cargo a la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19, se puede concluir que ese negocio se regía por el derecho privado y así lo manifestaron las partes de forma expresa en la cláusula vigésimo cuarta del acuerdo que suscribieron, cláusula en la que, además, las partes convinieron su ejecución con arreglo a lo dispuesto en el Manual de Contratación del Fondo, el que, a su turno, dispuso que el procedimiento sancionatorio podía hacerse con observancia de las etapas previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"

Finalmente, conviene destacar que en los casos en que no se pacte la posibilidad de imponer multas o declarar incumplimientos unilateralmente, ya sea por el

⁶² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de noviembre de 2022. C.P. Alberto Montaña Plara. Exp. 66700

⁶³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de 9 de mayo de 2024. C.P. José Roberto SÁCHICA M. Exp. 53962.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de junio de 2023. C.P. Marta Nubia Velásquez R. Exp. 68996.

procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o por cualquier otra vía, la entidad no podrá hacer efectivo ningún mecanismo unilateral debido a que dicha facultad no se encuentra en la ley a favor de las entidades con régimen privado. Tal facultad el legislador sólo la previó para las entidades sometidas al EGCAP.

En esta materia encontramos varios pronunciamientos del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“En el presente asunto, está acreditado que Empresas Públicas de Medellín ESP, como empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no contaban con la competencia de declarar incumplimientos, imponer multas, declarar siniestros ni liquidar unilateralmente sus contratos, por cuanto para ese preciso aspecto no estaba autorizada por el legislador, aun cuando así fueran señalados en el pliego de condiciones”*⁶⁵

En otro pronunciamiento se señaló:

“En definitiva, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar multas por incumplimiento del contrato. No obstante, la competencia para imponerla unilateralmente y hacerla efectiva, le corresponde al juez del contrato, precisamente porque las competencias de las entidades estatales y sus representantes están dadas por la ley y no pueden atribuirse ni derivarse de un acuerdo de voluntades que carezca de soporte legal y, porque resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, en tanto, las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones.”⁶⁶

En consecuencia, lo que correspondería a la entidad no sometida al EGCAP es acudir a la compañía de seguros como ocurre en el derecho privado; esto es, acreditando siniestro y cuantía de la pérdida en los términos del artículo 1.077 del Código de Comercio por medio de una reclamación.

Esto ha sido objeto de estudio del Consejo de Estado, quien al respecto ha señalado:

*“La entidad contratante tenía que acudir, como lo haría cualquiera sujeto de derecho privado, al 1077 del Código de Comercio, por lo que no podía expedir los actos administrativos en los que decidió, de manera unilateral, declarar el incumplimiento y hacer efectivo el amparo de la póliza del seguro de cumplimiento, consideración que resulta aún más obvia cuando se estudian los precisos términos de una de las normas en las que la administración fundamentó su competencia. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala que “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”. Esto es, las competencias asignadas para la declaratoria de incumplimiento y la cuantificación de los respectivos perjuicios son del resorte exclusivo de las entidades cuyos contratos se rijan por el Estatuto Contractual Pública.”*⁶⁷

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 4 de mayo de 2022. C.P. Fredy Ibarra Martínez. Exp. 55015.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 44420.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 8 de septiembre de 2021. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. 59378.

En otra sentencia dijo:

“En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.

(...)

De manera que la EAAY no solo, no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado; ni podía acudir a la expedición de actos administrativos para realizar la señalada declaratoria; sino que, en virtud del propio contrato de seguro, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.”⁶⁸

En conclusión, en materia de entidades sometidas al régimen de contratación del derecho privado, es posible pactar no solo las multas y la cláusula penal, sino también acordar la facultad de imponerla o hacerla efectiva unilateralmente por la vía del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o por cualquier otra; no obstante, en caso de no pactarse tal posibilidad, la entidad deberá acudir a la compañía de seguros acreditando los requisitos del artículo 1.077 del Código de Comercio o, en su defecto, dirigirse directamente al juez del contrato.

5.1. Imposibilidad de acudir a normas de la Ley 1437 de 2011 en los procedimientos unilaterales pactados con entidades regidas por el derecho privado

La consecuencia propia de que los actos precontractuales y contractuales proferidos por entidades regidas por el derecho privado no sean actos administrativos es que tales entidades no podrán acudir a las normas propias que gobiernan la creación de actos administrativos en el marco de los procedimientos administrativos. Es decir, no es posible acudir a las normas de la Ley 1437 de 2011 para llenar vacíos del procedimiento pactado, toda vez que al no tratarse de la formación de un acto administrativo resulta improcedente su remisión.

En ese orden de ideas, si la entidad pretende pactar un procedimiento debe acudir a la descripción expresa de las etapas que lo regulan y de los derechos de los intervinientes o, si considera pertinente la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, deberá pactar expresamente su aplicación y dejar consignada la posibilidad de acudir a las normas del derecho administrativo previstas en la Ley 1437 de 2011 para suplir los vacíos de la norma.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2019. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. 39800

5.2. Imposibilidad de atribuir la facultad de crear actos administrativos mediante acuerdos contractuales en contratos sometidos al derecho privado

Evidentemente, la potestad de proferir actos administrativos se encuentra reservada a la ley y por ello ni el contrato estatal ni el contrato de seguro pueden dar lugar a la creación de estos. Ello ha sido enunciado por el Consejo de Estado:

“En los contratos regidos por el derecho privado las partes pueden pactar facultades que impliquen que, de no llegarse a un acuerdo, por ejemplo, sobre el cierre final de cuentas, una de ellas establezca <<quién le debe a quién y cuánto>>; esto es, determinar, unilateralmente, una situación jurídica. Lo que no puede pactarse es la facultad de proferir un acto administrativo que constituye título ejecutivo sobre las sumas determinadas a favor de la Contratante y cuya expedición impone al Contratista la obligación de demandarlo y de desvirtuar la presunción de legalidad propia del mismo.”⁶⁹

Así pues, aunque parezca obvio, resulta imperante precisar que por más que en el contrato se indique que la entidad estatal con régimen privado de contratación podrá expedir un acto administrativo para imponer multas o declarar incumplimientos, tal facultad deberá entenderse en los términos precisados por el Consejo de Estado; es decir, que dicho acto corresponde a una decisión contractual de derecho privado que no constituye acto administrativo.

De la misma manera, en caso de que en la póliza de seguro se exija la imposición de la multa o la declaración de incumplimiento por acto administrativo, deberá entenderse que hace referencia al acto contractual de derecho privado ya tantas veces mencionado o a la reclamación directa, como se procederá a explicar a continuación.

6. ACREDITACIÓN DEL SINIESTRO POR PARTE DE ENTIDADES SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO ANTE EL ASEGURADOR COMO GARANTE DEL CONTRATO ESTATAL

Las entidades sometidas al derecho privado pueden acreditar el siniestro por dos vías dependiendo de si existe o no un procedimiento o mecanismo pactado en el contrato. En caso de no estar pactado ningún procedimiento, se debe acudir a una reclamación directa ante la compañía de seguros en los términos del artículo 1.077 del Código de Comercio. En dicha reclamación, la entidad deberá adjuntar las pruebas que acrediten el siniestro y la cuantía de la pérdida.

En caso de estar pactado un procedimiento o mecanismo para el efecto, se debe seguir lo dispuesto en el mismo para proferir el respectivo acto contractual de derecho privado, el cual, a su vez, constituirá la reclamación del artículo 1.077 del Código de Comercio, para lo cual, la entidad deberá aportar los soportes de la actuación y las

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio de 2021. C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Exp. 50289.

pruebas practicadas durante la misma, puesto que suponen los elementos con los que la entidad concluyó la existencia del siniestro y su cuantificación.

En ese sentido, presentada la reclamación o proferido el acto contractual y notificado al asegurador, este último debe proceder a pagar en los términos del artículo 1.080 del estatuto mercantil o, por el contrario, objetar la misma en caso de considerar que la reclamación directa no cumple el objetivo demostrativo pretendido por la entidad.

Tal como ya se ha dicho, en estricto sentido, la reclamación directa y la contenida en el acto contractual de derecho privado no es ejecutable por cuanto no se trata de un acto administrativo ni cuenta con las características del título ejecutivo, esto es, que contenga una obligación clara, expresa y exigible. Sin embargo, en caso de transcurrido un mes desde la notificación a la entidad del acto que decidió el procedimiento pactado en el contrato sin respuesta –objeción– de esta última, es posible dar aplicación a lo previsto en el numeral 3 del artículo 1.053⁷⁰ del Código de Comercio y, por ende, que la póliza preste mérito ejecutivo.

De igual forma, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es posible que corran intereses moratorios en contra del asegurador por el no pago de la indemnización dentro del mes siguiente a la acreditación del siniestro y cuantía de la pérdida, conforme con lo preceptuado por el artículo 1.080 del Código de Comercio.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Se sigue de lo anterior, que las empresas aseguradoras solo están en mora de pagar la indemnización su cargo, con todo lo que ello supone, al vencimiento del mes indicado en el artículo 1080 del estatuto mercantil, cuya contabilización parte del momento en el que el asegurado o beneficiario acredite la ocurrencia del siniestro y el valor de la pérdida, cuando fuere necesario, sea que lo haga judicial o extrajudicialmente.”⁷¹

Lo anterior conlleva a pensar que si la reclamación directa o el acto contractual de derecho privado cumple con la acreditación del siniestro y cuantía de la pérdida, a partir del mes siguiente a la notificación al asegurador empiezan a correr los intereses de mora, tal como ocurre con el acto administrativo resultante del procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo cual, a las aseguradoras les corresponde realizar un estudio juicioso de lo probado en la reclamación directa o el acto contractual, toda vez que la objeción puede dar lugar a una demanda judicial por parte de la entidad y en tal proceso es posible que se determine que con ocasión del conocimiento que tuvo el asegurador

⁷⁰ ARTÍCULO 1053. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador; por sí sola, en los siguientes casos: (...)

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1947 de 26 de mayo de 2021. M.P. Álvaro Fernando García R.

con la presentación de la reclamación o con la notificación del acto contractual es procedente la condena a este último a pagar intereses de mora desde el mes siguiente a ese momento, incluyendo todo el plazo de duración del proceso.

En consecuencia, tanto la reclamación directa de la entidad como el acto contractual resultado de un procedimiento pactado en el contrato estatal o en el contrato de seguro tiene la connotación de documento tendiente a acreditar los requisitos del artículo 1.077 del Código de Comercio y, por tanto, le son aplicables las mismas características que se le atribuyen a una reclamación en el derecho privado.