REPUBLICA DE COLOMBIA

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

RESOLUCIÓN NÚMERO 158 DE 2021

"Por la cual se decide el procedimiento administrativo sancionatorio ACS-SNEG-004-2021 adelantado a partir del reporte de presunto incumplimiento realizado por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., derivado del Acuerdo Marco de Precios No. CCE-579-AMP-2017"

EL SUBDIRECTOR DE NEGOCIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 4170 de 2011 y en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución 1839 de 2019, expedida por el Director General de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y,

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, referido al principio de responsabilidad, los servidores públicos tienen la obligación de *"buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato."*

Que atendiendo el mandato de optimización al que hace alusión el precepto anteriormente citado y en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución 1839 de 2019, expedida por el Director General de la Agencia Nacional de Contratación Pública - en adelante Colombia Compra Eficiente, el suscrito Subdirector de Negocios, recibió por parte de la Supervisión designada de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, el reporte de posible incumplimiento contractual de la **orden de compra N°58092 de 2020,** por parte del proveedor del Acuerdo Marco de Precios No CCE-579-AMP- 2017., **Productos de Seguridad S.A.,** en adelante **PRODESEG S.A.**

Que, en cumplimiento de la delegación antes mencionada, el suscrito Subdirector de Negocios de conformidad con lo establecido en la cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, se encontró ante el deber funcional y legal de adelantar el procedimiento administrativo tendiente a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, derivado del presunto incumplimiento contractual y dentro del cual se constatará la materialización o no de éste y se adoptarán las medidas legales sobre el mismo o en su defecto, se ordenará el archivo de la actuación.

1. ANTECEDENTES.

1.1 El 2 de octubre de 2017, Colombia Compra Eficiente y Productos de Seguridad S.A. suscribieron el Acuerdo Marco de Precios No. CCE-579-AMP- 2017 cuyo objeto es establecer: (a) las condiciones para la venta y prestación de los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios por parte de los Proveedores; (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco y adquieren los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios; y (c) las condiciones para el pago de los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios por parte de las Entidades Compradoras, el cual estuvo vigente hasta el día 2 de octubre de 2019 y fue prorrogado, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 del citado Acuerdo Marco de Precios, fijando como fecha de terminación, el 2 de octubre de 2020.

1.2. Posteriormente, Colombia Compra Eficiente y los proveedores acordaron prorrogar por segunda vez el Acuerdo Marco de Precios por un periodo de cinco (5) meses, es decir, hasta el 2 de marzo de 2021. En

este sentido se modificó parcialmente la cláusula 14 del Acuerdo Marco de Precios respecto del plazo de las órdenes de compra con posterioridad al vencimiento del Acuerdo Marco.

1.3. De conformidad con lo establecido en la cláusula 17 del Acuerdo Marco de Precios número CCE-579-AMP-2017, el Proveedor constituyó como garantía de cumplimiento a favor de Colombia Compra Eficiente la póliza número 18-44-101051818 expedida por Seguros del Estado S.A., con vigencia para el amparo de cumplimiento desde el 02 de octubre de 2017 hasta el 02 de marzo de 2022, por valor de $566.666.666 y de calidad de los elementos con la misma vigencia de amparo y por un valor de $1.366.666,667.00.

1.4. La Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., el día 9 de noviembre de 2020 con cargo al Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP 2017, emitió la orden de compra No. 58092 a Productos de Seguridad S.A, con el objeto de contratar la "Adquisición de elementos en materia de seguridad y salud en el trabajo que requiera la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá" por valor de $41.738.108,24 incluido IVA, la cual se ejecutaría hasta el 09 de diciembre de 2020.

1.5. La Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., designó como supervisora del contrato a Ennis Esther Jaramillo, quien presentó reporte de posible incumplimiento con fecha 9 de diciembre de 2020 radicado ante la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-, y que se resume así:

1.5.1. El 26 de noviembre de 2020, el proveedor Productos de Seguridad S.A envió solicitud para retirar de la orden de compra el ítem No. 6 correspondiente a "C2_EMER_Z1_14 Guantes de nitrilo para examen - 1 caja por 100", argumentando que:

> *"(...) A causa de la emergencia sanitaria, el consumo de elementos de la Categoría 2 del acuerdo de la referencia se aumentó drásticamente, ocasionando un desabastecimiento en el mercado local y por ende un incremento abrupto en los precios (...)"*
>
> *"(...) Bajo las circunstancias económicas actuales del país, las obligaciones contractuales del Acuerdo Marco y la parametrización del mismo, no nos es posible ofertar por encima de los precios techos que se encuentran en la plataforma de Colombia Compra Eficiente, por lo dispuesto en la cláusula 11.6 (...)".*

1.5.2. La Entidad consideró que la situación alegada por el Proveedor se viene presentando desde marzo y la cotización que dio origen a la orden de compra, mediante la cual el proveedor ofertó, se realizó en octubre, razón por la cual se desvirtúa la fuerza mayor invocada por el proveedor, ya que existe un tiempo suficiente para mitigar la afectación antes mencionada.

1.5.3. Se evidencia que el valor total del ítem 6 "C2_EMER_Z1_14 Guantes de nitrilo para examen - 1 caja por 100" corresponde al 16% del valor de la orden de compra, razón por la cual, tampoco es posible indicar que se encuentran frente a un desequilibrio económico. En virtud de lo expuesto, la Entidad compradora procede a generar el reporte de incumplimiento a Colombia Compra Eficiente.

1.6. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - tras verificar el contenido y soportes de la información señalada en el reporte de posible incumplimiento remitido por la supervisora del contrato Ennis Esther Jaramillo de Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, evidenció que el proveedor presuntamente no entregó el artículo 6 C2_EMER_Z1_14 Guantes de nitrilo para examen - 1 caja por 100, correspondiente a 300 unidades, en el término acordado.

2. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA.

El 19 de mayo de 2021, la Subdirección de Negocios de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, inició el procedimiento administrativo sancionatorio No. **ACS-SNEG-004-2021** con la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dirigida al Proveedor

Productos de Seguridad S.A y a la compañía **Seguros del Estado S.A.,** fijando como fecha el 26 de mayo de 2021, a las 9:00 a.m. y luego aplazada para el 31 de mayo de 2021, a las 8:15 a.m.

La actuación administrativa sancionatoria que nos ocupa se lleva a cabo en virtud de lo estipulado en cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, que establece que, en caso de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor derivadas del mismo, Colombia Compra Eficiente se encuentra legitimada para tramitar el procedimiento establecido en la ley.

La citación, en congruencia con lo reportado por la Supervisora de la Orden de Compra No. N°58092 de 2020, describió la conducta atribuible al Proveedor **Productos de Seguridad S.A**, que configuraría el presunto incumplimiento de la cláusula del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017 y las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.

El Subdirector de Negocios de la Agencia Nacional de Contratación Pública, instaló la audiencia el 31 de mayo de 2021, verificó la asistencia de las partes citadas, y seguidamente expuso que el propósito de la misma era determinar la configuración, o no, del posible incumplimiento por parte del proveedor, Productos de Seguridad S.A, de conformidad con lo señalado en el informe allegado por la Supervisora de la Orden de Compra número 58092 de 2020, quien había manifestado que se incumplió con: las obligaciones establecidas en el numeral 11.27 de la cláusula 11 – Obligaciones de los Proveedores, al no entregar los elementos para Emergencias o Servicios Complementarios de acuerdo a las condiciones y especificaciones técnicas de los Documentos del Proceso incluido el Anexo 1 del pliego de condiciones.

En caso de incumplimiento, C.C.E podrá hacer efectiva la cláusula penal que tendrá un valor de hasta $4.173.810,82, teniendo en cuenta que el valor de la orden de compra fue de $41.738.108,24.

3.1. EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.

En desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se otorgó el uso de la palabra a las partes intervinientes en la actuación administrativa No ACS-SNEG-004-2021, las que en ejercicio de su derecho a la defensa y contradicción manifestaron lo siguiente:

3.1.1. El Proveedor: Productos de Seguridad S.A – PRODESEG S.A.

Diligencia por parte del proveedor.

El asesor y coordinación de PRODESEG S.A., intervino y mencionó los motivos por los cuales le impidieron entregar el producto sujeto de estudio y se resumen así:

(i) Explicación del asesor:

Informó que desde el 2017 hasta el 2021, nunca habían tenido una audiencia en relación con un presunto incumplimiento por la no entrega de alguno de los ítems de las órdenes de compra, dado que siempre se ha hacía todo lo posible para cumplir con el Acuerdo Marco de Precios.

Indicó que le había informado en su momento a la entidad compradora que por fuerza mayor no pudo entregar los guantes de nitrilo porque se subieron los precios de forma absurda. Este producto se cotizó, según como indica el Acuerdo Marco de Precios y ya no se encontraba en el mercado en el precio habitual, sino que se encontraba con un precio incrementado al doble que el inicial. Lo anterior se evidencia en las cotizaciones expuestas.

El asesor expuso que la Orden de Compra se emitió con un valor de $41.738.108,24 y lo guantes de nitrilo que se cotizaron tenían un valor de $22.000 pesos cada uno. Si se hiciera el ejercicio de incluir el nuevo valor de los guantes, es decir 47.000, el total de la orden de compra hubiera incrementado en un 35%, esto

es, casi catorce millones de pesos y le manifestó a la entidad compradora que posiblemente existiría un desequilibrio económico dentro del contrato por el incremento del valor. Por esta razón, no podía cumplir ese ítem y solicitó a la entidad compradora que se anulara de la orden compra. Así mismo argumentó que PRODESEG S.A. intentó buscar un mejor precio con proveedores nacionales e internacionales y no fue posible encontrar el ítem a un mejor precio.

(ii) **Explicación del Representante legal de PRODESEG S.A.:**

El representante legal resaltó que PRODESEG S.A., es uno de los proveedores que más órdenes de compra tiene bajo este Acuerdo Marco de Precios y es la primera vez que se encuentran citados a una actuación administrativa. PRODESEG S.A, como empresa tiene la obligación de cotizar las órdenes emitidas, y en este caso, hicieron todo lo posible para cubrir el desequilibrio económico, bajando la rentabilidad para la compañía, ajustando precios en otros ítems, pero no fue posible encontrar una solución. Se trata de un ítem que tenía un valor inicial de 6 millones de pesos y pasó a un valor de 14 millones de pesos, generando la imposibilidad de cumplimiento por parte de la empresa.

Informó que se tuvieron reuniones con la entidad compradora explicando la situación y que los proveedores de los guantes de nitrilo se encontraban "aprovechando" el momento de la coyuntura con el alza de precios. En dicha reunión acordaron que C.C.E debía ser el garante de esta situación. Como empresa se soportó con las pruebas de que el incumplimiento se trata de solo un ítem en la Orden de Compra y se sale de proporción imposibilitando el cumplimiento.

3.1.2. Por el Garante: Seguros del Estado S.A.

Por su parte la apoderada de la compañía aseguradora hizo referencia a la responsabilidad en las actuaciones administrativas, es especial las de carácter sancionatorio que buscan declarar un incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

(I) Fuerza mayor

Sobre la fuerza mayor como eximente de responsabilidad frente al ejercicio de las actuaciones administrativas sancionatorias, cobra importancia el principio de culpabilidad de la conducta del contratista, y por ello resulta necesaria la realización de un juicio de reprochabilidad de la acción u omisión de una conducta que lesionó o amenazó con lesionar un bien jurídico tutelado para validar si actuó a título de dolo o culpa y así mismo, la imputabilidad de su conducta.

La apoderada hizo referencia a varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la C-597 de 1996 y citó los artículos 1 y 29 de la Constitución Política, en donde aludió sobre la extensión de los principios de materia penal al campo administrativo, en este sentido, la concurrencia de culpa es condición para predicar responsabilidad, si no resultaría desproporcional e ignoraría los principios de equidad y justicia. Al operador administrativo le corresponde constatar la existencia del elemento culpabilidad acreditando tres elementos: i) imputabilidad, ii) la relación entre el administrado sobre el que recae la sanción y el hecho descrito como infracción administrativa y iii) la no existencia de supuestos fácticos que excluyan la responsabilidad, además de acreditar las pruebas suficientes necesarias del incumplimiento imputable al contratista.

(II) Elementos propios de la responsabilidad contractual

En primera medida se debe estar frente a la existencia de un daño, culpa y nexo causal, que deben ser probados en todos los casos, y de no existir, no se podría continuar con el proceso de responsabilidad. En este sentido cobra importancia las causales exonerativas de la responsabilidad, pues impide la declaratoria de responsabilidad al comprobar la inexistencia del nexo causal, como lo es la fuerza mayor o caso fortuito. Es indispensable que se trate de un hecho imprevisible, e irresistible impidiendo el ejercicio de imputación.

En cuanto al caso en concreto, en marzo de 2020 el Presidente de la República declaró el estado la emergencia, sin embargo, estas medidas han sido inciertas y variables, como los efectos que se han derivado de ellas. En este sentido se evidencia una causal eximente de responsabilidad como lo es la fuerza

mayor, puesto que generó un desequilibrio contractual e imposibilitó el cumplimiento de algunas obligaciones contractuales resultando imposible proceder con la reprochabilidad al contratista.

(III) Cláusula penal

De forma subsidiaria, es necesario aclarar que la cláusula penal debe ser proporcional. Dio lectura al artículo 1592 del Código Civil. En el caso de la contratación estatal, resulta aplicable como una de las cláusulas o potestades exorbitantes concebidas por la administración. No obstante, esta potestad debe estar regida por criterios objetivos y proporcionales, lo cual implica que las entidades cuentan con esta posibilidad de imponer sanciones por el incumplimiento del contrato y de la imposición de multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

Sin embargo, en este sentido, en sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de fecha el 10 de noviembre de 2005, se indicó que la primera limitación del ejercicio del *ius puniendi* de la administración es la proporcionalidad, la cual constituye un postulado que evita que la administración desborde su actuación sancionatoria y la encausa en un criterio de ponderación, mesura y equilibrio. En este caso se debe calcular la sanción con relación al porcentaje del contrato realmente ejecutado y el valor de la obligación parcialmente incumplida. El deudor tendrá derecho que se rebaje la sanción y se realice una tasación proporcional en cuanto a la pena que resulte posible imponer.

En este sentido, es garantía del administrado que la sanción obedezca al principio de proporcionalidad, como lo reconoció la entidad, el incumplimiento sería solo parcial, en este caso correspondiente al ítem 6 de la orden de compra que equivale al 16% del valor total del contrato. Así mismo, es necesario calcular cuánto vale ese porcentaje frente a la cláusula penal, que sería un valor de $667.809,73 centavos. Si se logra acreditar la existencia de un incumplimiento imputable al contratista, la cláusula penal debe ser proporcional al porcentaje del incumplimiento que logre acreditarse con relación al valor total de la orden de compra.

(IV) Principio indemnizatorio del contrato de seguros

El principio indemnizatorio del contrato de seguros impone una carga especial sobre el asegurado que consiste en el deber de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida de la entidad contratante. Se establece que el amparo cubre los perjuicios que se deriven del incumplimiento contractual. Este amparo tiene como finalidad única proteger a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista que se deriven directamente del incumplimiento de las obligaciones del contrato y probar que esto generó algún tipo de perjuicio a la entidad estatal contratante y que no se pretende de ninguna forma ser una fuente de enriquecimiento.

Por último, la apoderada de la compañía de seguros propuso que entre las partes lleguen a un arreglo directo con el fin de subsanar las irregularidades que se presentaron en la ejecución del contrato que ronda únicamente por el 16% del contrato, y que de todo lo demás se dio cumplimiento. Consideró que esto no amerita el inicio de la actuación administrativa pues dio cumplimiento a la mayoría del contrato y el evento se constituyó en una fuerza mayor.

3.1.3. Por la entidad compradora: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

En uso de la palabra, la supervisora de la Entidad Compradora menciona que no está de acuerdo a las manifestaciones de las partes, puesto que se debe cumplir con ciertos requisitos para atender a la fuerza mayor. En esta situación no se puede predicar que el evento fue imprevisto, toda vez que la declaratoria de emergencia por el Coronavirus se dio en el mes de marzo de 2020 y esta orden fue emitida en octubre del mismo año. En ese orden de ideas, predicar que fue una situación imprevisible, no tendría peso y como consecuencia de ello no podría predicarse el carácter de irresistible.

En cuanto al tema de desequilibrio económico contractual, la entidad compradora considera que ese rompimiento tiene unas características específicas, esto es, que exista (i) afectación real, grave y significativa y (ii) no haya equivalencia en lo expuesto en el pliego de condiciones y la ejecución del contrato.

En este sentido, es importante mantener el desarrollo de la ejecución contrato en las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al tiempo del contrato, cuando se afecte el equilibrio, la ley indica que se deben utilizar los mecanismos de ajuste y previsión de precios. Esto no se da simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o se aumenten los costos en el cumplimiento de sus obligaciones, se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenidos y contemplados por las partes al momento de la celebración del contrato.

En el caso actual, el proveedor PRODESEG no ha demostrado la afectación grave y significativa. Por el contrario, ha manifestado que se ha provocado por el alza de precios y se debe entender como propio de toda relación contractual y no es posible referirse a esta eventualidad como fuerza mayor. Manifestó que, la entidad compradora el año anterior, contrató este mismo elemento con otro proveedor, quien ofertó un precio muy similar y cumplió en estrictos términos y condiciones la obligación contractual.

Finalmente, frente a la pretensión de intentar un arreglo directo, es clara la intención de la entidad compradora de terminar el contrato y que los bienes y servicios contratados queden satisfechos. En ese orden de ideas hay disposición a tener una mesa de trabajo con el fin de llegar a un acuerdo.

3.2. DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS EN EL CURSO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Atendiendo el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, aplicable en materia probatoria para los procedimientos administrativos contractuales de debido proceso por incumplimiento, en todo aquello que no se encuentre desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procederá en este acto administrativo a pronunciarse en valoración de las pruebas aportadas por las partes intervinientes en la actuación que nos ocupa.

3.2.1 Pruebas

- Anexo 1: Orden de compra No. 58092.
- Anexo 2: Copia oficio del 26 de noviembre, enviado por el proveedor Prodeseg solicitando la exclusión del ítem 6 de la orden de compra.
- Anexo 3: Cotización No. 1 remitida por el proveedor como anexo de su solicitud.
- Anexo 4: Cotización No. 2 remitida por el proveedor como anexo de su solicitud.
- Anexo 5: Reporte enviado por la Entidad Compradora a Colombia Compra en el cual se evidencia el posible incumplimiento.
- Anexo 6: Copia de acta de reunión de 3 de diciembre de 2020.
- Anexo 7: Formato de posible incumplimiento.

Los documentos aportados y allegados por la entidad compradora resultan conducentes[1], pertinentes[2] y útiles[3] para la adopción de la decisión, dado que con ellos esta Unidad Administrativa puede valorar y determinar el alcance del problema jurídico, el cumplimiento o no de la cláusula 11 numeral 11.27 del Acuerdo Marco de Precios y la existencia o no de la causal exonerativa de la fuerza mayor.

4. CONSIDERACIONES DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE.

Para resolver el objeto de la presente actuación, es necesario precisar la competencia con la que cuenta la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – para adelantar y expedir el respectivo acto administrativo que ponga fin al procedimiento, así como determinar la existencia o no del

[1] La conducencia corresponde a *"la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio"*. PARRA, Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 2009. Décimo séptima edición. Ediciones Librería El Profesional – Bogotá, pág-153

[2] *"(...) es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso". Ibidem*

[3] Se refiere a que aquélla pueda contribuir a formar la convicción del operador administrativo o judicial. Por el contrario, las pruebas inútiles o superfluas son aquellas que no prestan ningún valor a la actuación.

posible incumplimiento y las consecuencias jurídicas aplicables, de conformidad con las estipulaciones contractuales al respecto, suscritas por las partes del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP 2017, referidas en el caso concreto.

4.1. De la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-, para adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria en materia contractual.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece que las entidades contratantes sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden declarar un incumplimiento contractual cuando éste se encuentre acreditado, con miras a hacer efectiva unilateralmente la cláusula relacionada con multas que pacten en los contratos que celebren, para lo cual deben garantizar el debido proceso del contratista.

El Acuerdo Marco de Precios es un contrato estatal que se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública en el que Colombia Compra Eficiente funge como entidad contratante, en virtud de lo cual, se materializa la competencia de esta Entidad para adelantar la presente actuación y declarar, si ello se encuentra probado, el incumplimiento contractual en que incurra alguno de los proveedores de dicho contrato y, en consecuencia, imponer al proveedor las correspondientes multas y sanciones, de acuerdo a las características particulares del incumplimiento demostrado.

Así las cosas, para efectos de resolver de manera integral todos los puntos expuestos, es conveniente realizar un pronunciamiento sobre el Acuerdo Marco y la naturaleza de la(s) consecuencia(s) jurídica(s) aplicables a este tipo de contrato estatal, así como revisar los descargos con base en las pruebas allegadas y dar respuesta al problema jurídico denotado.

4.2. Del Acuerdo Marco como contrato estatal.

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 introdujo en el Sistema de Compra Pública de Colombia dos conceptos relacionados con la selección abreviada como modalidad de contratación como son : (i) los Acuerdos Marco y (ii) la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, a través de instrumentos de compra por catálogos derivados de la celebración de los Acuerdos Marco, siendo éstos últimos los que fijarían las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las Entidades Estatales durante un tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía, establecidas en el acuerdo.

Al acoger un criterio legal para la identificación del contrato público[4] por cuenta de la delimitación ofrecida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993[5], vale señalar que el Acuerdo Marco de Precios es en efecto, un contrato estatal que surge como un acto jurídico[6] en el que converge la voluntad de la Administración, representada en la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto - Ley 4170 de 2011. En virtud de este negocio, "*se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado*"[7].

Por lo anterior, Colombia Compra Eficiente hace las veces de Entidad Contratante dentro del Acuerdo Marco, teniendo el deber legal de elaborar los pliegos de condiciones, estudios previos, aviso de convocatoria, acto de apertura y demás documentos previos del proceso en los que se establezcan, entre otras cosas, las condiciones del contrato a celebrar. Para ello, debe observar los parámetros y requisitos

[4] Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis. Bogotá. 2015, pág. 542.
[5] Ley 80 de 1993 - Artículo 32. "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto"
[6] Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.
[7] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de agosto de 2017, Rad. 56166, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

establecidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2.2.1.1.2.1.1 a 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015, como al respecto se refirió el Consejo de Estado, al indicar que:

> *"[E]n virtud de los deberes de "diseño" y "organización" que corresponden a Colombia Compra Eficiente respecto de los Acuerdos Marco, resulta apenas lógico que los términos y condiciones sean aquellos que sean establecidos en el contenido de tales negocios jurídicos, pues a partir de las atribuciones legales encomendadas a esa Entidad y la estructuración, planeación y necesidad a satisfacer en cada caso lo que determinará el modo de proceder por cada entidad estatal para poder operativizar las órdenes de compra que ponga en marcha tales Acuerdos Marco (...).*
>
> *(...) Corresponde [lo descrito], entonces, a un terreno contractual propiamente dicho"*[8].

Así mismo, cabe resaltar que en la ejecución de los Acuerdos Marco se generan dos (2) tipos de transacciones: una operación principal y una operación secundaria, celebrando Colombia Compra en la primera, *un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo"*[9].

Dicho de otra manera, la operación principal corresponde a la planeación, trámite y celebración del Acuerdo Marco, a través del diseño y dirección del Proceso de Contratación, en el cual Colombia Compra Eficiente desarrolla todo lo que por disposición legal le fue asignado en la Ley 1150 de 2007, y que no conlleva la ejecución de recursos públicos con la firma del Acuerdo Marco; menos aún erogación presupuestal.

La operación secundaria, que es posterior a la suscripción del Acuerdo Marco de Precios, "*consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas*"[10] entre Colombia Compra Eficiente y los Proveedores, esto es, en la operación secundaria las Entidades Compradoras al identificar sus necesidades, deben o pueden[11] verificar si los bienes y servicios requeridos están en el Catálogo derivado del Acuerdo Marco, para que a través de una Orden de Compra los adquieran en las condiciones fijadas en el mencionado instrumento, cuya actuación resultante es un contrato.

Así, entonces, en el Acuerdo Marco de Precios se evidencian tres sujetos relevantes que se interrelacionan durante su ejecución, de una parte, Colombia Compra Eficiente, quien, en calidad de Entidad Contratante, celebra, diseña y organiza el Acuerdo Marco y por la otra, los Proveedores que suscriben el Acuerdo Marco, quienes deben cumplir con las obligaciones previstas en el mencionado contrato, estipulaciones que se entienden incorporadas en las Órdenes de Compra colocadas a su amparo, y las entidades compradoras, que son las que por selección abreviada colocan órdenes de compra de acuerdo a la necesidad de adquisición cotizada y el menor precio adquirido entre los proveedores del instrumento que arrojó la operación principal.

En conclusión, de lo expuesto, los Proveedores deben cumplir las obligaciones del Acuerdo Marco en la ejecución de las órdenes de compra. De esta manera, si el Proveedor no cumple con las obligaciones propias de las órdenes de compra, está incumpliendo a su vez las obligaciones del Acuerdo Marco. Esta situación fáctica y jurídica, hace procedente que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, como Entidad Contratante del Acuerdo Marco, pueda tramitar y declarar los incumplimientos e imponer las sanciones previstas en el contrato, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

---

[8] Ibidem.
[9] Ibid.
[10] Ibid.
[11] Dependiendo si están o no obligadas al uso de los Acuerdos Marco de Precios.

4.3. La Cláusula Penal en el Acuerdo Marco de Precios.

De conformidad con lo establecido en el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 las Entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública pueden *"declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva* ***la cláusula penal****, (..)"*. Lo anterior, frente a incumplimientos parciales o totales que afectan la correcta ejecución de un contrato.

Respecto de la responsabilidad contractual derivada de un incumplimiento, el Consejo de Estado ha manifestado que los contratos crean relaciones y obligaciones entre las partes en las que el deudor debe cumplir con la prestación pactada en favor del acreedor y éste debe realizar el pago en la medida en que la prestación se ajuste a lo convenido. Por ello, si la obligación no se satisface en la forma y la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor, ello es un hecho constitutivo de un incumplimiento.

En este sentido, se reitera que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación a imponer multas o declarar un incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato. Facultades que son coincidentes con los numerales 20 del artículo 40 y del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, y que permiten desplegarse ante incumplimientos parciales o totales que afectan la correcta ejecución de un contrato.

Tal es el caso de la cláusula penal, sobre la cual la Jurisprudencia ha expresado que es *"una medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no solo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista"*[12]. Surge como evidente, entonces, que la cláusula penal no sólo debe hacerse efectiva ante el incumplimiento total, sino que además puede aplicarse ante incumplimientos parciales, de tal suerte que, si las partes han acordado en el contrato la cláusula penal como una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento, la Entidad Estatal puede ejercerla en los términos y montos pactados en el contrato, sin que, entre otras cosas, deba iniciar en primer término un procedimiento de multa por mora.

En el sentido de lo expuesto, y para el caso en particular, la cláusula que contiene la estipulación de clausula penal y cuyo numeral aplicaría en el evento en que se encuentre probado el incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco, dispone:

> ***"Cláusula 20. Clausula Penal:***
>
> *En caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del proveedor establecidas en el acuerdo marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal la cual es del 10% del valor total de las órdenes de compra que sirven de sustento a la declaratoria de incumplimiento (...)*

4.4. Caso concreto de posible incumplimiento de la Orden de Compra Número N°58092 de 2020

Descendiendo al caso *sub lite*, el problema jurídico planteado y que se resolverá en el presente acto administrativo consiste en determinar si existió o no incumplimiento parcial de la obligación consignada en el numeral 11.27 de la Cláusula 11 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, relacionada con las obligaciones de los Proveedores, al no entregar los elementos para Emergencias o Servicios Complementarios de acuerdo a las condiciones y especificaciones técnicas de los Documentos del Proceso incluido el Anexo 1 del pliego de condiciones. Agotados los plazos pactados, habría sido incumplida dicha obligación desde el 26 de noviembre de 2020, cuando el Proveedor solicitó el retiro del elemento de la orden de compra y hasta la finalización del plazo de ejecución. En aras de resolver el problema jurídico planteado se realiza el siguiente análisis:

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicado: 28875.

Obligación 11.27. Entregar los elementos para Emergencias o Servicios Complementarios de acuerdo con las condiciones y especificaciones técnicas de los Documentos del Proceso incluido el Anexo 1 del pliego de condiciones.

De acuerdo con las manifestaciones realizadas en audiencia el 31 de mayo de 2021 el proveedor PRODESEG S.A.– señaló que no incumplió la obligación contenida en el Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, toda vez que ocurrió un alza de precios, duplicando el valor de los ítems a entregar, razón por la cual alegó la figura de fuerza mayor ante la entidad compradora, solicitando que se anulara el ítem de la Orden de Compra.

En oposición, la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, no aceptó lo manifestado por el proveedor, pues argumentó que en el caso concreto no se cumplió con los requisitos establecidos por la ley, al tratarse de una situación que pudo haber sido prevista, toda vez que la declaratoria de emergencia fue en el mes de marzo de 2020 y dicha orden de compra fue emitida en octubre del mismo año.

Esta entidad, tras analizar los hechos y lo expuesto en el ejercicio al derecho de defensa y contradicción encuentra improcedente la aplicación de la figura de fuerza mayor alegada como eximente de responsabilidad por parte del Proveedor y del garante.

El artículo 64 del Código Civil especifica que la característica de la fuerza mayor o caso fortuito es la imprevisibilidad o irresistibilidad, por lo que es necesario estudiar el grado de ésta en cuanto al alza de precios del ítem.

La doctrina autorizada[13] sostiene que, para que la fuerza mayor se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener tres elementos determinantes, a saber:

> Que sea un hecho externo: *"la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre".*
>
> Que sea un hecho imprevisible: *"conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor".*
>
> *Que sea un hecho irresistible: "se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo".*

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado[14] ha determinado sobre fuerza mayor lo siguiente:

> *"(...) a. La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales.*
>
> *La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de*

[13] Patiño, Domínguez Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. En https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/289

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, radicado 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392) C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

(...) La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos "que suceden en el curso ordinario de la vida" (sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o las "...circunstancias normales de la vida" (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1.989), o el que no sea "...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él" (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993).

De igual manera, en sentencia proferida el 23 de junio de 2000, expediente 5475, manifestó que deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

"1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo."

El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto.

La Sala de Casación Civil de la Corte en la providencia reseñada, sobre este requisito señaló:

"La jurisprudencia de esta Corporación, de igual manera, ha entendido que este elemento de la fuerza mayor 'consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados por el deudor para eludirlo' (Sentencia del 13 de diciembre de 1962, G.J. C, pag. 262), como también que 'Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: ad impossibilia nemo tenetur.' (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pag. 126).

(...)

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.[15]

La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista (...)".

De acuerdo con lo anterior, resulta imperante destacar que la declaración de emergencia sanitaria por el gobierno colombiano se produjo en marzo de 2020 y la Orden de Compra se expidió con posterioridad, a más de seis meses, tiempo suficiente para conocer las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se

[15] Así lo señala Gastón Jeze cuando afirma que *"Si hay simplemente dificultad aunque sea grave o si para obtener la ejecución puntual se necesitan gastos mayores no hay fuerza mayor."*. Principios Generales del Derecho Administrativo; Buenos Aires; Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 296.

ejecutarían las obligaciones contractuales adquiridas, así mismo, entender las dinámicas y condiciones del mercado.

Las circunstancias anteriores descritas fueron las expuestas por las partes y esta entidad no las considera como imprevisibles e irresistibles, pues si bien afectaron diferentes áreas del mercado desde el inicio de la pandemia y la posterior declaración de emergencia, no es menos cierto que pasado un tiempo las circunstancias podían vislumbrarse debido al contexto del evento de cotización lanzado por la entidad compradora y que para el efecto, el proveedor en su momento debió analizar de manera diligente las condiciones del mercado.

En este sentido, es evidente que el proveedor tenía conocimiento de las circunstancias y de los riesgos, pudiendo haber hecho las previsiones correspondientes con el fin de mitigar los riesgos ya conocidos, originados o derivados del covid-19, o en caso de haberse considerado incapaz de cumplir, negarse a asumir dichas obligaciones.

Así las cosas, las situaciones fácticas enunciadas y las pruebas aportadas por la Entidad Compradora, permiten colegir el incumplimiento parcial por parte del proveedor PRODESEG S.A., de lo dispuesto en el numeral 11.27 de la cláusula 11 – Obligaciones de los Proveedores, de entregar los elementos para Emergencias o Servicios Complementarios de acuerdo con las condiciones y especificaciones técnicas de los Documentos del Proceso incluido en el Anexo 1 del pliego de condiciones. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, dentro de su competencia establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que faculta a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación a imponer multas y declarar un incumplimiento, procede a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios.

De acuerdo con lo expuesto, atendiendo la proporcionalidad y razonabilidad que debe estar presente en las actuaciones de carácter sancionatorio, el monto de la sanción será equivalente al porcentaje del incumplimiento. En efecto, el valor del ítem incumplido corresponde a $ 6.697.716.00, lo que equivale al 16,05 %[16] de la ejecución del contrato. El porcentaje anteriormente descrito se debe aplicar al monto máximo de la sanción, esto es, al valor de $ 4.173.810,82[17]. Por lo tanto, la sanción a imponer corresponde a SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y UNO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 669.771.60) M/cte. Por tal razón, la Entidad Estatal hace efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada por el valor anteriormente anotado, en los términos que se definirán en la parte resolutiva.

En mérito de lo expuesto, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Declarar que el Proveedor **Productos de Seguridad S.A.**, persona jurídica de derecho privado, con número de identificación tributaria NIT. 860051688 incumplió parcialmente las obligaciones derivadas de la Orden de Compra **N°58092 de 2020** y con ello el Acuerdo Marco número **CCE-579-AMP 2017.**

ARTÍCULO 2. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento parcial del Acuerdo Marco de Precios número **CCE-579-AMP 2017**, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al Proveedor **Productos de Seguridad S.A** por valor de SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y UNO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 669.771.60) M/Cte., de conformidad con lo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo.

[16] 6.697.716.00 / 41.738.108.24 * 100 = 16.05%.
[17] Equivale al 10% de la orden de compra.

ARTÍCULO 3. Declarar la ocurrencia del siniestro por incumplimiento parcial de la orden de compra **N°58092 de 2020,** cuyo riesgo está amparado por la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 18-44-101051818 expedida por **Seguros del Estado S.A.**

ARTICULO 4. El proveedor **Productos de Seguridad S.A**, deberá pagar el valor de la cláusula penal de que trata la presente resolución, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.

Si ello no fuere posible, el valor de la cláusula penal se compensará de los saldos que eventualmente se adeudan al contratista. En caso contrario se hará efectivo y deberá pagarse por **Seguros del Estado S.A.**, con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 18-44-101051818 expedida por **Seguros del Estado S.A.**, constituida con ocasión del Acuerdo Marco de Precios número **CCE-579-AMP-2017**, para lo cual se hará el requerimiento correspondiente remitiéndole copia de este acto administrativo y de la constancia de su ejecutoria a la compañía aseguradora. Dicho valor deberá pagarse dentro del mes siguiente a la ocurrencia y acreditación del siniestro de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

ARTÍCULO 5. Informar a los notificados que contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse, sustentarse y decidirse dentro de la audiencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO 6. En firme la decisión, ordenar la publicación de la sanción impuesta al proveedor en los registros determinados por la Ley y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva, así como a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

ARTÍCULO 7. La presente resolución tiene vigencia a partir de su expedición.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÙMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el once (11) de junio de 2021.

ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZÁLEZ
Subdirector de Negocios

Proyectó: Pérez Portacio y Asociados S.A.S. y Esperanza Contreras P
Revisó: Esperanza Contreras Pedreros – Coordinadora Grupo Sancionatorio – Subdirección de Negocios.
Aprobó: Andrés Ricardo Mancipe González - Subdirector de Negocios

REPÚBLICA DE COLOMBIA

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

RESOLUCIÓN NÚMERO 184 DE 2021

"Por la cual se decide el procedimiento administrativo sancionatorio ACS-SNEG-010-2020 adelantado a partir de los reportes de presunto incumplimiento realizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, derivado del Acuerdo Marco de Precios No. CCE-579-AMP-2017"

EL SUBDIRECTOR DE NEGOCIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 4170 de 2011 y en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución 1839 de 2019, expedida por el Director General de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y,

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, referido al principio de responsabilidad, los servidores públicos tienen la obligación de *"buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato."*

Que atendiendo el mandato de optimización al que hace alusión el precepto anteriormente citado y en ejercicio de la delegación contenida en la Resolución 1839 de 2019, expedida por el Director General de la Agencia Nacional de Contratación Pública - en adelante Colombia Compra Eficiente, el suscrito Subdirector de Negocios, recibió por parte de la Supervisión designada de la Superintendencia de Industria y Comercio, los reportes de posible incumplimiento contractual de la **orden de compra N°43880 de 2019,** por parte del proveedor del Acuerdo Marco de Precios No CCE-579-AMP- 2017., **Productos de Seguridad S.A.,** en adelante **PRODESEG S.A.**

Que, en cumplimiento de la delegación antes mencionada, el suscrito Subdirector de Negocios de conformidad con lo establecido en la cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, se encontró ante el deber funcional y legal de adelantar el procedimiento administrativo tendiente a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, derivado del presunto incumplimiento contractual y dentro del cual se constatará la materialización o no de éste y se adoptarán las medidas legales sobre el mismo o en su defecto, se ordenará el archivo de la actuación.

1. ANTECEDENTES.

1. Que el 2 de octubre de 2017, Colombia Compra Eficiente y PRODESEG S.A. suscribieron el Acuerdo Marco de Precios No. CCE-579-AMP-2017 cuyo objeto es establecer: (a) las condiciones para la venta y prestación de los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios por parte de los Proveedores; (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco y adquieren los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios; y (c) las condiciones para el pago de los Elementos para Emergencias y Servicios Complementarios por parte de las Entidades Compradoras, el cual estuvo vigente hasta el día 2 de octubre de 2019 y fue prorrogado, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 del citado Acuerdo Marco de Precios, fijando como fecha de terminación, el 2 de octubre de 2020.

Posteriormente, Colombia Compra Eficiente y los proveedores acordaron prorrogar por segunda vez el Acuerdo Marco por un período de cinco (5) meses, es decir, hasta el 2 de marzo de 2021. En este sentido se modificó parcialmente la cláusula 14 del Acuerdo Marco de Precios respecto del plazo de las órdenes

de compra con posterioridad al vencimiento del Acuerdo Marco de Precios. El documento puede ser consultado en el enlace https://community.secop.gov.co/Public/Common/GoogleReCaptcha/Index?isModal=True&asPopupView=True&previousUrl=https%3a%2f%2fcommunity.secop.gov.co%2fPublic%2fTendering%2fOpportunityDetail%2fIndex%3fnoticeUID%3dCO1.NTC.154601%26isFromPublicArea%3dTrue%26isModal%3dtrue%26asPopupView%3dtrue.

2. Que de conformidad con lo establecido en la cláusula 17 del acuerdo marco de precios número CCE-579-AMP-2017, el Proveedor constituyó como garantía de cumplimiento a favor de Colombia Compra Eficiente la póliza número 18-44-101051818 expedida por Seguros del Estado S.A, con vigencia para el amparo de cumplimiento desde el 02 de octubre de 2017 hasta el 02 de febrero de 2021, por valor de $566.666.666 y el amparo de calidad de los bienes por valor de $1.366.666.666 pesos y con fecha de cobertura desde el 02 de octubre de 2017 hasta el 02 de febrero de 2021. Posteriormente fue prorrogada la póliza de la siguiente forma: para el amparo de cumplimiento desde el 2 de octubre de 2017 hasta el 2 de marzo de 2022, por un valor de $ 566.666.666 y el amparo de calidad de los elementos por el mismo periodo y por un valor de $1.366.666.666 pesos.

3. Que la Superintendencia de Industria y Comercio, el día 18 de diciembre de 2019 con cargo al Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, generó la orden de compra No 43880 a PRODESEG S.A., por valor de **$ 1.234.030**, la cual se ejecutaría desde el 18 de diciembre de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2019.

4. Que la Superintendencia de Industria y Comercio, designó como supervisor de la Orden de Compra a Jaime Enrique Santiago Moncaleano, quien el día 15 de enero de 2020 presentó reporte de posible incumplimiento, actualizado el 5 de mayo de 2020, que se resumen así:

- El proveedor se comprometió a entregar a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del plazo convenio en el Acuerdo Marco de Precios los siguientes bienes: **silbatos, linternas recargables y megáfonos, cuyo valor sumado era de $1.234.030,oo.**
- El 19 de diciembre de 2019, dentro del plazo de ejecución de la orden de compra, el proveedor le manifestó a la Entidad compradora mediante correo electrónico "(...) que debido a la alta demanda de órdenes de compra emitidas en las últimas semanas, en su inventario no contaban con silbatos, linternas y megáfonos. Por lo que solicitaban la ampliación del plazo de entrega hasta el 13 de enero de 2020" (Anexo 1).
- Las razones esgrimidas por el proveedor fueron consideradas por el equipo de contratos de la Entidad compradora en su momento. En respuesta la Superintendencia le solicitó, vía telefónica al proveedor, que ampliara las razones de la solicitud de la prórroga y aportara los demás contratos u órdenes de compra que le habian hecho imposible cumplir con las obligaciones de la orden de compra suscrita con la Superintendencia.
- El 30 de diciembre de 2019, último día de vigencia de la Orden de Compra 43380, el proveedor envió, a través de correo electrónico, carta formal de solicitud de prórroga de la orden de compra hasta el 13 de enero de 2020, mediante la cual reiteró las razones expuestas en el correo del 19 de diciembre. (anexo 2).
- Así mismo aportó las órdenes de compra que apoyarían su versión sobre el agotamiento del inventario y su consecuente imposibilidad de hacer la entrega a la Superintendencia de Industria y Comercio de los bienes en mención dentro del tiempo convenido.
- Los perjuicios derivados del incumplimiento del proveedor, fueron sustentados de la siguiente manera en escrito del 5 de mayo de 2020:

  "(...) El artículo 75 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto de Protección al Consumidor) creó la Red Nacional de Protección al Consumidor – RNPC.

  El objetivo de la RNPC es difundir y apoyar el cumplimiento de los derechos de los consumidores en todas las regiones del país; recibir y dar traslado a la autoridad competente de todas las reclamaciones administrativas que en materia de protección al consumidor se

presenten, y brindar apoyo y asesoría a las alcaldías municipales para el cumplimiento de su labor de policía administrativa en materia de protección al consumidor y metrología legal.

La RNPC está conformada por los consejos de protección al consumidor de carácter nacional o local donde existan, las alcaldías y las autoridades administrativas del orden nacional que tengan asignadas funciones de protección al consumidor, las ligas y asociaciones de consumidores y la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta última entidad tiene la facultad y el deber de velar por su adecuada conformación y funcionamiento.

En desarrollo de las disposiciones legales citadas la SIC, con el concurso y la unión de esfuerzos económicos, técnicos y logísticos de distintas entidades nacionales y territoriales que conforman la RNPC, ha implementado las Casas de Consumidor de Bienes y Servicios en diferentes municipios del país, las cuales son espacios de atención a la ciudadanía cuyo fin estructural es consolidar una cultura de respeto por los derechos y deberes de los consumidores.

Actualmente la RNPC, vía Convenios Interadministrativos con las entidades territoriales, opera doce (12) Casas del Consumidor de Bienes y Servicios en diferentes municipios del país en las que se atiende de forma agregada a miles de ciudadanos a diario en los municipios de Pereira; Neiva; Ibagué; Popayán; Montería; Armenia; Villavicencio; Bucaramanga; Sincelejo; Pasto; San Andrés y Valledupar.

Teniendo en cuenta el contexto discurrido, y el marco jurídico relativo a la seguridad y salud en el trabajo vigente, que en lo que respecta a esta compra se encuentra sistematizado en el artículo 25 de la Ley 9 de 1979; el artículo 127 de la Ley 9 de 1979; los artículos 56 y 58 del Decreto Ley 1295 de 1994; el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 y el artículo 2.2.4.6.25 del Decreto 1072 de 2015; la SIC verificó los inventarios de dotación de los brigadistas de emergencia y de los elementos en las doce (12) Casas del Consumidor arriba referidas.

Como consecuencia del diagnóstico de necesidades realizado por la SIC en las Casas del Consumidor de Bienes y Servicios, se determinó que era necesario adquirir: botiquines tipo A, silbatos, pitos; collarines; ambus; linternas y megáfonos; y, estos, a su vez, debían ser distribuidos en las Casas del Consumidor (Anexo 6).

Una vez realizado el procedimiento previsto en el Acuerdo Marco de Precios CCE-579- AMP-2017, correspondió a la empresa PRODUCTOS DE SEGURIDAD S.A (Prodeseg) la responsabilidad de proveer a la SIC los bienes correspondientes a la Categoría 3 requeridos en la orden de compra, esto es, ocho (8) silbatos; las nueve (9) linternas y los dos (2) megáfonos.

Por cuenta del incumplimiento total en la entrega de los elementos de emergencia enunciados, aduciendo razones que, a juicio de la Entidad Compradora, no constituyen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

Por el contrario, las situaciones aducidas en las comunicaciones del proveedor, mediante las cuales el proveedor solicitó prorrogar el plazo final de entrega de los elementos de emergencia, dejan ver, en opinión de la SIC, que era previsible para el contratista contar con un inventario suficiente para cumplir con las obligaciones asumidas mediante la firma del CCE-579-AMP-2017 y de la Orden de Compra No. 43880 de 2019.

Con todo, el incumplimiento injustificado de Prodeseg en la entrega a tiempo de los elementos de emergencia que le correspondía expuso a la entidad contratante a los siguientes riesgos: De una parte, dejó expuesto al personal contratado por la SIC para servir a la ciudadanía en las Casas del Consumidor de Bienes y Servicios, y a los ciudadanos, especialmente durante el mes de enero de 2020, a una posible situación de emergencia en la

que, por no estar dotada de tales bienes, se hubiere podido ocasionar algún daño previsible a la integridad de las personas que ocuparen el/los bien/es inmueble/s.

De otra parte, el incumplimiento injustificado de Prodeseg en la entrega a tiempo de los elementos de emergencia que le correspondía proveer, puso en riesgo a la SIC ante las instituciones públicas que inspeccionan, vigilan y/o controlan el cumplimiento del marco legal relativo a la seguridad y salud en el trabajo expuesto en las líneas superiores, entre otras la multa de hasta quinientos (500) SMLMV que prevé el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 cuando quiera que las entidades estatales incumplan los programas de salud ocupacional y las normas de salud ocupacional acarrearán multas (...)".

- La entidad compradora indicó que, a la fecha el proveedor no ha entregado los bienes contratados, lo que ha ocasionado un daño injustificable a la Entidad y a la confianza en el sistema de compras públicas que orientan los Acuerdos Marco de Precios.

5. Que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente - tras verificar el contenido y soportes de la información señalada en los reportes de posible incumplimiento y su alcance, remitido por el supervisor del contrato Jaime Enrique Santiago Moncaleano, de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, evidenció que el proveedor al parecer durante la ejecución de la orden de compra pudo desconocer el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

2. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA.

El 28 de junio de 2021, la Subdirección de Negocios de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, inició el procedimiento administrativo sancionatorio No. **ACS-SNEG-010-2020** con la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, dirigida mediante RS20210628006137 y RS20210628006142 al Proveedor **PRODESEG S.A** y a la compañía **Seguros del Estado S.A.**, respectivamente, fijando como fecha el 01 de julio de 2021, a las 9:00 a.m.

La actuación administrativa sancionatoria que nos ocupa se lleva a cabo en virtud de lo estipulado en cláusula 18 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017, que establece que, en caso de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor derivadas del mismo, Colombia Compra Eficiente se encuentra legitimada para tramitar el procedimiento establecido en la ley.

La citación, en congruencia con lo reportado por el Supervisor de la Orden de Compra No. N°43880 de 2019, describió la conducta atribuible al Proveedor **PRODESEG S.A.** que configuraría el presunto incumplimiento de las cláusulas del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017 y las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.

El Subdirector de Negocios de la Agencia Nacional de Contratación Pública, instaló la audiencia el 1 de julio de 2021, verificó la asistencia de las partes citadas, y seguidamente expuso que el propósito de la misma era determinar la configuración, o no, del posible incumplimiento por parte del proveedor, **PRODESEG S.A,** de conformidad con lo señalado en los informes allegados por el Supervisor de la Orden de Compra número 43880 de 2019, quien había manifestado que se incumplió con las obligaciones establecidas en el numeral 11.28 de la cláusula 11 – Obligaciones de los Proveedores, al no cumplir con los tiempos de entrega estipulados en las Tabla 1 y Tabla 2 del presente documento y en la cláusula 3, al no cumplir con el alcance establecido en el acuerdo marco de precios.

En caso de incumplimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública podrá hacer efectiva la cláusula penal que tendrá un valor de hasta CIENTO VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS ($123.403) M/Cte., con base en el valor de la orden de compra que es de UN MILLÓN DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TREINTA PESOS ($ 1.234.030) M/Cte.

3.1. EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.

En desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se otorgó el uso de la palabra a las partes intervinientes en la actuación administrativa No ACS-SNEG-010-2020, las que en ejercicio de su derecho a la defensa y contradicción manifestaron lo siguiente:

3.1.1. El Proveedor: Productos de Seguridad S.A – PRODESEG S.A.

Diligencia por parte del proveedor.

El coordinador del Acuerdo Marco de Precios de PRODESEG S.A. intervino y mencionó los motivos por los cuales no se realizó la entrega de los elementos correspondientes a la orden de compra N°43880 de 2019 y se resumen así:

Explicación del coordinador del Acuerdo Marco de Precios de PRODESEG S.A.:

El coordinador del Acuerdo Marco de Precios mencionó que la Orden de Compra N°43880 fue emitida el 18 de diciembre de 2019 con fecha de vencimiento el 30 de diciembre de 2019, y manifestó que se envió un correo a la Superintendencia de Industria y Comercio solicitando una prórroga a la entrega de los elementos de la orden de compra hasta el 13 de enero de 2020, aclaró que se solicitó la prórroga porque para esa fecha la cantidad de órdenes de compra no permitían entregar los elementos en los términos que se necesitaban y el stock que tenían, lo necesitaban para atender otras órdenes de compra. Adicionalmente explicó que en el mes de diciembre los proveedores cierran por vacaciones y volvían después de la primera semana de enero, por lo que no se contaba con los suficientes elementos para atender la orden de compra.

Continuó señalando que remitieron nuevamente un segundo correo el 23 de diciembre de 2019 solicitando nuevamente prórroga, así como el 30 de diciembre, con el fin de que fuera aceptada la solicitud de prórroga y pudieran entregar los elementos en enero de 2020; como no hubo respuesta no se volvió a realizar el proceso de verificar si la Entidad aceptaba o no la solicitud y el asunto se quedó ahí teniendo en cuenta que llegó el Covid.

Precisó que en este momento la empresa cuenta con los elementos de emergencia solicitados en la Orden de Compra -los silbatos, los megáfonos y las linternas recargables- pero no sabe si todavía los puede aceptar la Superintendencia, informa que se cuenta con dichos elementos en stock, los cuales pueden ser entregados a más tardar la próxima semana, si así lo acepta la SIC.

Concluyó señalando que no contaba en diciembre con todos los elementos, que otros ya se encontraban comprometidos por la alta demanda que se da en este mes, pero que se enviaron las solicitudes de prórrogas preguntando si se podían aceptar posteriormente, eso fue lo que sucedió.

3.1.2. Por el Garante: Seguros del Estado S.A.

Por su parte la apoderada de la compañía aseguradora teniendo en cuenta lo manifestado por el Proveedor, solicitó que Colombia Compra Eficiente y la Superintendencia de Industria y Comercio evaluar la capacidad que tienen para recibir los elementos para dar el hecho por superado.

3.1.3. Por la entidad compradora: Superintendencia de Industria y Comercio

En uso de la palabra, el supervisor de la Entidad Compradora mencionó que tal como señaló el Proveedor, se suscribió la orden de compra el 18 de diciembre de 2019 y con sorpresa al día siguiente pidieron la primera prórroga para entregar los elementos, acto seguido los días 23 y 30 de diciembre 2019 hicieron solicitudes de la misma naturaleza.

Explicó que cuando una entidad como la Superintendencia de Industria y Comercio realiza una orden de compra de estas características, es porque las circunstancias de tiempo, modo y lugar del momento así lo requieren y no se puede dilatar el recibo de los bienes adquiridos. Los requerimientos se hicieron por las necesidades que tenía la Entidad en ese momento.

Aclaró que para la Superintendencia no fue, ni es de buen recibo, la solicitud de prórroga realizada por el Proveedor, basándose en la ausencia de stock, porque si no se contaba con los elementos requeridos, no se hubiese firmado la orden de compra.

Reiteró que no se requieren los elementos en este momento, toda vez que la necesidad ya se suplió, por lo cual no se puede aceptar la solicitud del Proveedor.

3.2. DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS EN EL CURSO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

Atendiendo el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, aplicable en materia probatoria para los procedimientos administrativos contractuales de debido proceso por incumplimiento, en todo aquello que no se encuentre desarrollado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procederá en este acto administrativo a pronunciarse sobre la valoración de las pruebas aportadas por las partes intervinientes en la actuación que nos ocupa.

3.2.1 Pruebas

Anexo 1: correo 30 de diciembre de 2019 por medio del cual el proveedor solicitó a la entidad compradora prórroga a la orden de compra No. 43880. Correo de 23 de diciembre de 2019 mediante el cual solicitó orden de compra. Oficio sin fecha emitida por Prodeseg S.A., donde solicita prórroga. Copia de órdenes de compra (43619, 43117, 43109 suscritos por Prodeseg S.A., con otras entidades de fecha anterior a la suscrita con Superintendencia de Industria y Comercio.

Anexo 2: Formato de posible incumplimiento de fecha 15 de enero de 2020, remitida por el supervisor de la orden de compra 43380 a Colombia Compra Eficiente.

Anexo 3: Comunicación de fecha 05 de mayo de 2020, remitida por el supervisor de la orden de compra 43380 a Colombia Compra Eficiente, en la cual relaciona las consecuencias en materia de perjuicios por el presunto incumplimiento del proveedor.

Los documentos aportados y allegados por la Entidad Compradora resultan conducentes[1], pertinentes[2] y útiles[3] para la adopción de la decisión, dado que con ellos se puede valorar y determinar el alcance del problema jurídico y el cumplimiento o no de las cláusulas 3 y 11, numeral 28 del Acuerdo Marco de Precios por parte del Proveedor.

4. CONSIDERACIONES DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE.

Para resolver el objeto de la presente actuación, es necesario precisar la competencia con la que cuenta la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – para adelantar y expedir el respectivo acto administrativo que ponga fin al procedimiento, así como determinar la existencia o no del posible incumplimiento y las consecuencias jurídicas aplicables, de conformidad con las estipulaciones contractuales al respecto, suscritas por las partes del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP 2017, referidas en el caso concreto.

---

[1] La conducencia corresponde a *"la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio"*. PARRA, Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 2009. Décimo séptima edición. Ediciones Librería El Profesional – Bogotá, pág-153

[2] *"(...) es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso". Ibídem*

[3] Se refiere a que aquélla pueda contribuir a formar la convicción del operador administrativo o judicial. Por el contrario, las pruebas inútiles o superfluas son aquellas que no prestan ningún valor a la actuación.

4.1. De la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- para adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria en materia contractual.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece que las entidades contratantes sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden declarar un incumplimiento contractual cuando éste se encuentre acreditado, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en los contratos, garantizando el debido proceso del contratista.

El Acuerdo Marco de Precios es un contrato estatal que se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública en el que Colombia Compra Eficiente funge como entidad contratante, en virtud de lo cual, se materializa la competencia de esta Entidad para adelantar la presente actuación y declarar, si ello se encuentra probado, el incumplimiento contractual en que incurra alguno de los proveedores de dicho contrato y, en consecuencia, imponer al proveedor las correspondientes multas y sanciones, de acuerdo a las características particulares del incumplimiento demostrado.

Así las cosas, para efectos de resolver de manera integral todos los puntos expuestos, es conveniente realizar un pronunciamiento sobre el Acuerdo Marco y la naturaleza de la(s) consecuencia(s) jurídica(s) aplicables a este tipo de contrato estatal, así como revisar los descargos presentados, las pruebas allegadas y dar respuesta al problema jurídico denotado.

4.2. Del Acuerdo Marco como contrato estatal.

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 introdujo en el Sistema de Compra Pública de Colombia dos conceptos relacionados con la selección abreviada como modalidad de contratación como son : (i) los Acuerdos Marco y (ii) la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, a través de instrumentos de compra por catálogos derivados de la celebración de los Acuerdos Marco, siendo éstos últimos los que fijarían las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las Entidades Estatales durante un tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía, establecidas en el acuerdo.

Al acoger un criterio legal para la identificación del contrato público[4] por cuenta de la delimitación ofrecida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993[5], vale señalar que el Acuerdo Marco de Precios es en efecto, un contrato estatal que surge como un acto jurídico[6] en el que converge la voluntad de la Administración, representada en la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto - Ley 4170 de 2011.

Por lo anterior, Colombia Compra Eficiente hace las veces de Entidad Contratante dentro del Acuerdo Marco, teniendo el deber legal de elaborar los pliegos de condiciones, estudios previos, aviso de convocatoria, acto de apertura y demás documentos previos del proceso en los que se establezcan, entre otras cosas, las condiciones del contrato a celebrar. Para ello, debe observar los parámetros y requisitos establecidos en la normatividad vigente.

Así mismo, cabe resaltar que en la ejecución de los Acuerdos Marco se generan dos (2) tipos de transacciones: una operación principal y una operación secundaria, celebrando Colombia Compra en la primera, *un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud*

---

[4] Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis. Bogotá. 2015, pág. 542.

[5] Ley 80 de 1993 - Artículo 32. "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto"

[6] Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo"[7].

Dicho de otra manera, la operación principal corresponde a la planeación, trámite y celebración del Acuerdo Marco, a través del diseño y dirección del Proceso de Contratación, en el cual Colombia Compra Eficiente desarrolla todo lo que por disposición legal le fue asignado en la Ley 1150 de 2007, y que no conlleva la ejecución de recursos públicos con la firma del Acuerdo Marco; menos aún erogación presupuestal.

La operación secundaria, que es posterior a la suscripción del Acuerdo Marco de Precios, "*consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas*"[8] entre Colombia Compra Eficiente y los Proveedores, esto es, en la operación secundaria las Entidades Compradoras al identificar sus necesidades, deben o pueden[9] verificar si los bienes y servicios requeridos están en el Catálogo derivado del Acuerdo Marco, para que a través de una Orden de Compra los adquieran en las condiciones fijadas en el mencionado instrumento, cuya actuación resultante es un contrato.

Así, entonces, en el Acuerdo Marco de Precios se evidencian tres sujetos relevantes que se interrelacionan durante su ejecución, de una parte, Colombia Compra Eficiente, quien, en calidad de Entidad Contratante, celebra, diseña y organiza el Acuerdo Marco y por la otra, los Proveedores que suscriben el Acuerdo Marco, quienes deben cumplir con las obligaciones previstas en el mencionado contrato, estipulaciones que se entienden incorporadas en las Órdenes de Compra colocadas a su amparo, y las entidades compradoras, que son las que por selección abreviada colocan órdenes de compra de acuerdo a la necesidad de adquisición cotizada y el menor precio adquirido entre los proveedores del instrumento que arrojó la operación principal.

En conclusión, de lo expuesto, los Proveedores deben cumplir las obligaciones del Acuerdo Marco en la ejecución de las órdenes de compra. De esta manera, si el Proveedor no cumple con las obligaciones propias de las órdenes de compra, está incumpliendo a su vez las obligaciones del Acuerdo Marco. Esta situación fáctica y jurídica, hace procedente que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, como Entidad Contratante del Acuerdo Marco, pueda tramitar y declarar los incumplimientos e imponer las sanciones previstas en el contrato, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

4.3. La cláusula Penal en el Acuerdo Marco de Precios.

De conformidad con lo establecido en el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 las Entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública pueden *"declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva* ***la cláusula penal****, (..)"*. Lo anterior, frente a incumplimientos parciales o totales que afectan la correcta ejecución de un contrato.

Respecto de la responsabilidad contractual derivada de un incumplimiento, el Consejo de Estado ha manifestado que los contratos crean relaciones y obligaciones entre las partes en las que el deudor debe cumplir con la prestación pactada en favor del acreedor y éste debe realizar el pago en la medida en que la prestación se ajuste a lo convenido. Por ello, si la obligación no se satisface en la forma y la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor, ello es un hecho constitutivo de un incumplimiento.

En este sentido, se reitera que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación a imponer multas o declarar un incumplimiento con el propósito de

[7] Ibid.
[8] Ibid.
[9] Dependiendo si están o no obligadas al uso de los Acuerdos Marco de Precios.

hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato. Facultades que son coincidentes con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y que permite desplegarse ante incumplimientos parciales o totales que afectan la correcta ejecución de un contrato.

Tal es el caso de la cláusula penal, sobre la cual la Jurisprudencia ha expresado que es "*una medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no solo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista*"[10]. Surge como evidente, entonces, que la cláusula penal no sólo debe hacerse efectiva ante el incumplimiento total, sino que además puede aplicarse ante incumplimientos parciales, de tal suerte que, si las partes han acordado en el contrato la cláusula penal como una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento, la Entidad Estatal puede ejercerla en los términos y montos pactados en el contrato, sin que, entre otras cosas, deba iniciar en primer término un procedimiento de multa por mora.

En el sentido de lo expuesto, y para el caso en particular, la cláusula que contiene la estipulación de cláusula penal y cuyo numeral aplicaría en el evento en que se encuentre probado el incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco, dispone:

> ***"Cláusula 20. Cláusula Penal:***
>
> *En caso de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del proveedor establecidas en el acuerdo marco, Colombia Compra Eficiente podrá hacer efectiva la cláusula penal la cual es del 10% del valor total de las órdenes de compra que sirven de sustento a la declaratoria de incumplimiento (...)*

4.4. Caso concreto de posible incumplimiento de la Orden de Compra Número N°43880 de 2019

Descendiendo al caso *sub lite*, el problema jurídico planteado y que se resolverá en el presente acto administrativo consiste en determinar si existió o no incumplimiento de las obligaciones consignadas en la cláusula 3 relacionada con el alcance del acuerdo marco de precios y en el numeral 11.28 de la Cláusula 11 referente a las obligaciones de los proveedores. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Proveedor, agotados los plazos contractuales, no hizo entrega de los elementos adquiridos por la Entidad Compradora a través de la orden de compra 43880 de 2019.

En aras de resolver el problema jurídico planteado se realiza el siguiente análisis:

Obligación 3. Alcance del objeto del Acuerdo Marco (...) El Proveedor debe entregar los Elementos para Emergencias en las zonas definidas en la Tabla 1 y en los tiempos máximos de entrega descritos en las Tabla 2 y Tabla 3. La Entidad Compradora y el Proveedor pueden fijar tiempos de entrega diferentes de común acuerdo. El Proveedor debe reponer los Elementos para Emergencias por fallas, imperfecciones o defectos de calidad en los tiempos máximos descritos.

Los tiempos de entrega empiezan a contar a partir del día hábil siguiente a la colocación de la Orden de Compra.

Obligación 11.28. Cumplir con los tiempos de entrega estipulados en las Tabla 1 y Tabla 2 del presente documento.

De acuerdo con las manifestaciones realizadas en audiencia, el 1 de julio de 2021, encontramos que el proveedor **PRODESEG S.A.**– señaló que no pudo cumplir con la Orden de Compra 43880 de 2019 porque no contaba con elementos en stock para la fecha de los hechos, añadiendo que se solicitó prórroga a la Entidad Compradora, pero que se omitió realizar el seguimiento para conocer la respuesta sobre dicho requerimiento.

---

[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicado: 28875.

Con base en lo anterior, solicitó en la audiencia que se le permitiera entregar los elementos en este momento a la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que cuenta con ellos en su inventario.

En respuesta, la Superintendencia de Industria y Comercio no accedió a la solicitud del Proveedor, considerando que los elementos de emergencia fueron requeridos en virtud a las necesidades de la Entidad Compradora en el año 2019, las cuales en este momento se encuentran suplidas.

Una vez analizados los hechos y lo expuesto en el ejercicio al derecho de defensa y contradicción por parte del Proveedor y el Garante, se encuentra totalmente probado en la presente actuación administrativa que se presentó un incumplimiento por parte del Proveedor, quien sustentó dicho incumplimiento en la falta de stock de los elementos relacionados en la orden de compra del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMP-2017.

En relación con la justificación presentada por el Proveedor en sus descargos, advierte esta Entidad, que no se presentó ninguna circunstancia imprevisible e irresistible que impidiera el cumplimiento por parte del Prodeseg S.A., toda vez que, al momento de suscribir la Orden de Compra, 18 de diciembre de 2019, el Proveedor conocía los elementos en stock con que contaba, por lo que no se entiende que al día siguiente, es decir, el 19 de diciembre de 2019, solicitara a la Superintendencia de Industria y Comercio una prórroga para cumplir con lo pactado en la ya referida orden de compra porque en el mes de diciembre tenía muchas otras órdenes para cumplir.

Sobre el incumplimiento de los proveedores o contratistas por circunstancias propias del mundo de los negocios ha señalado el Consejo de Estado:

> *"(...) Por tanto, un error en el cálculo del tiempo de entrega de los insumos que requiere un contratista del Estado, no puede, en principio, y en casos como el presente, asegurarse -sin más- que es exterior a las partes del contrato, pues una de ellas, el contratista, es quien debió controlar el momento de celebración de los contratos de suministro de los materiales, la forma y el tiempo de entrega, y, en general, todas las condiciones que permitieran evitar los impases propios del mundo de los negocios.*
>
> ***Lo que reprocha la Sala, desde el punto de vista de la configuración de la fuerza mayor, es que el manejo de la relación contractual, la consecución de proveedores, la capacidad para reaccionar frente a un posible incumplimiento, etc., está en manos del contratista del Estado,*** *y a él corresponde calcular mejor que a ninguno estos aspectos, por lo que no es posible concluir que la situación presentada fuera irresistible, pues, de algún modo, tuvo relación con ella y hubo momentos en los que debió tenerla bajo control, para tomar las decisiones administrativas adecuadas y oportunas, en relación al avance del plazo del contrato[11]".* (el resaltado no es del texto)

En el presente asunto se observa una negligencia en el actuar del Proveedor, no sólo por no prever que en el mes de diciembre de 2019 la mayoría de sus proveedores tomarían vacaciones, como señaló en sus descargos, o que los pedidos eran mayores que en otras temporadas, sino porque no realizó el debido seguimiento para conocer la respuesta de la Entidad Compradora en relación con la prórroga solicitada, a pesar de su probada experiencia comercial, lo que demuestra una falta de interés en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

De esta manera, en el caso que nos ocupa, el incumplimiento no se dio con ocasión a un factor exógeno, sino por la falta de diligencia y cuidado del contratista, quien no adoptó las medidas contractuales o administrativas necesarias para garantizar la entrega de los elementos en los plazos contractuales establecidos, previendo los impases propios de este tipo de negocios.

---

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de noviembre de 2005. Radicado: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392).

Sumado a lo anterior, hay que tener presente que el riesgo de no entregar los elementos de emergencia dentro del plazo acordado, se asignó a los proveedores, de acuerdo con la matriz de riesgos contenida en los pliegos de condiciones, previamente conocida por **PRODESEG S.A.**

Al respecto, los pliegos de condiciones del proceso para Seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios de Elementos para Emergencia establecen:

> *"Incumplimiento en el plazo de entrega de los Elementos para Emergencias por causa imputable al Proveedor". A quien se le asigna: Proveedor"*

Por otra parte, y si bien con el incumplimiento del Proveedor no se presentó una situación perjudicial para la Entidad Compradora que actualmente se pueda materializar, si es necesario hacer referencia a la importancia que revestía el cumplimiento del Proveedor en la cumplida entrega de los elementos adquiridos en la Orden de Compra.

Lo anterior, porque tal como señaló el Supervisor de la orden de Compra, el incumplimiento injustificado de **PRODESEG S.A.** en la entrega a tiempo de los elementos de emergencia que le correspondía expuso a la entidad contratante a riesgos: de una parte, dejó expuesto al personal contratado por la SIC para servir a la ciudadanía en las Casas del Consumidor de Bienes y Servicios, y a los ciudadanos, a una posible situación de emergencia en la que, por no estar dotada de tales bienes, se hubiere podido ocasionar algún daño previsible a la integridad de las personas que ocuparen el/los bien/es inmueble/s.

Y así mismo, puso en riesgo a la Entidad Compradora ante las instituciones públicas que inspeccionan, vigilan y/o controlan el cumplimiento del marco legal relativo a la seguridad y salud en el trabajo, entre otras la multa de hasta quinientos (500) SMLMV que prevé el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 cuando las entidades estatales incumplan los programas de salud ocupacional y las normas de salud ocupacional vigentes.

De esta manera, no se trata simplemente de haber incumplido con la entrega de los elementos contenidos en la Orden de Compra -silbatos, linternas recargables y megáfonos-, sino de las graves consecuencias que dicho incumplimiento hubiese podido causar a la Entidad Compradora.

Así las cosas, las situaciones fácticas enunciadas y las pruebas aportadas por la Entidad Compradora, permiten colegir el incumplimiento por parte del proveedor **PRODESEG S.A.**, de lo dispuesto en la cláusula 3 y en el numeral 11.28 de la cláusula 11 del Acuerdo Marco de Precios suscrito, al no hacer entrega de los elementos en los plazos establecidos. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, dentro de su competencia establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1473 de 2011, procede a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios.

De acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta que, como efectivamente quedó probado en el proceso, se presentó un incumplimiento de lo acordado en la Orden de Compra 43880 de 2019 al no entregar los elementos descritos en dicha orden en los plazos pactados, la Entidad Estatal hace efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula 20 del Acuerdo Marco de Precios CCE-579-AMO-2017, en los términos que se definirán en la parte resolutiva.

En mérito de lo expuesto, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Declarar que el Proveedor **Productos de Seguridad S.A.**, persona jurídica de derecho privado, con número de identificación tributaria NIT. 860051688 incumplió las obligaciones contendidas en la cláusula 3 y cláusula 11 numeral 11.28 derivadas de la Orden de Compra **N°43880 de 2019** y con ello el Acuerdo Marco de Precios número **CCE-579-AMP 2017**.

ARTÍCULO 2. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento de las cláusulas mencionadas del Acuerdo Marco de Precios número **CCE-579-AMP 2017**, se procede a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al Proveedor **Productos de Seguridad S.A (Prodeseg S.A.)** por valor de **CIENTO VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS ($123.403) M/Cte.,** de conformidad con lo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 3. Declarar la ocurrencia del siniestro por incumplimiento de la orden de compra **N°43880 de 2019**, cuyo riesgo está amparado por la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 18-44-101051818 expedida por **Seguros del Estado S.A.**

ARTICULO 4. El proveedor **Productos de Seguridad S.A**, deberá pagar el valor de la cláusula penal de que trata la presente resolución, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.

Si ello no fuere posible, el valor de la cláusula penal se compensará de los saldos que eventualmente se adeudan al contratista. En caso contrario se hará efectiva cláusula y deberá ser pagada por parte de **Seguros del Estado S.A.**, con cargo a la garantía única de cumplimiento entidad estatal No. 18-44-101051818 expedida por dicha compañía de seguros, póliza constituida con ocasión del Acuerdo Marco de Precios número **CCE-579-AMP-2017**, para lo cual se hará el requerimiento correspondiente remitiéndole copia de este acto administrativo y de la constancia de su ejecutoria a la compañía aseguradora. Dicho valor deberá pagarse dentro del mes siguiente a la ocurrencia y acreditación del siniestro de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio.

ARTÍCULO 5. Informar a los notificados que contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse, sustentarse y decidirse dentro de la audiencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO 6. En firme la decisión, ordenar la publicación de la sanción impuesta al proveedor en los registros determinados por la Ley y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva, así como a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

ARTÍCULO 7. La presente resolución tiene vigencia a partir de su expedición.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÙMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el siete (7) de julio de 2021.

ANDRÉS RICARDO MANCIPE GONZÁLEZ
Subdirector de Negocios

Proyectó: Torregroza & Diazgranados Servicios Jurídicos Especializados S.A.S.
Revisó: Esperanza Contreras Pedreros – Coordinadora Grupo Sancionatorio – Subdirección de Negocios.
Aprobó: Andrés Ricardo Mancipe González - Subdirector de Negocios

PODER SANCIONATORIO – Entidades Estatales – Ley 80 de 1993

La Administración goza de facultades sancionatorias que se traducen, entre otras, en medidas apremiantes o coercitivas que buscan el cumplimiento de las obligaciones del contratista cuando no lo ha hecho en los términos del contrato. Cuando se trata de la multa y/o cláusula penal las partes deben pactarlas, para que, previo procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, la entidad decida imponerlas.

IMPOSICIÓN DE SANCIONES – Poder sancionatorio de las entidades estatales – Marco normativo regulatorio

El marco regulatorio para imponer sanciones a los contratistas del Estado, de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, son los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 18 de la Ley 80 de 1993, además del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

MULTAS – Ley 1150 de 2007 – Debido proceso – Finalidad

Tratándose de multas, el artículo 17 de la Ley 1150 de 20073 le otorga la facultad, solo a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, de imponerlas siempre que hayan sido pactadas en el contrato, con el objeto de conminar y apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

[...] La multa es una sanción pecuniaria que se le impone al contratista en caso de mora o tardanza e incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato, la cual solo se puede imponer como medida coercitiva mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones.

PODER SANCIONATORIO – Procedimiento

Para imponer sanciones a los contratistas, incluyendo las multas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán observar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 20114 de 2011, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Prohibición – Limitación

Ese régimen establece unas circunstancias fácticas que impiden y limitan la capacidad legal de determinadas personas, tanto naturales como jurídicas, para celebrar contratos con el Estado.

La causa de dicha limitación responde, generalmente, a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito de la persona que le impide ser parte en esas relaciones contractuales y sin ellas se podría afectar el correcto cumplimiento del contrato, afectando el interés público y las finalidades que demanda la actividad contractual estatal.

INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DEL CONTRATISTA – Naturaleza jurídica

La potestad sancionadora de la Administración, para efectos de la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, cumple con los principios mínimos orientadores de su actividad sancionatoria: i) principio de legalidad y debido proceso: la Ley 1474 de 2011 indica el procedimiento que deben utilizar las entidades estatales para imponer las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento10. Así mismo, la Constitución Política prescribe que el

debido proceso debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas; ii) principio de tipicidad y proporcionalidad: el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, el cual modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, establece los eventos en los que, como consecuencia de las sanciones impuestas al contratista por su incumplimiento contractual, se configura la inhabilidad para contratar con el Estado por un término de tres (3) años; iii) independencia de la sanción penal: la inhabilidad por incumplimiento reiterado puede imponerse independientemente de la sanción penal.

Bogotá D.C., **13/11/2019 Hora 16:47:33s**

N° Radicado: 2201913000008423

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000006259
Temas: Poder sancionatorio
Tipo de asunto consultado: Diferencia entre multa y sanción

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 13 de septiembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problema planteado

"(...) en contratación ¿qué es una multa y una sanción?, ¿cuál es la diferencia entre ellas? ¿Por qué para las inhabilidades por incumplimiento reiterado solo se tienen en cuenta las multas?".

2. Consideraciones

Para desarrollar el problema planteado, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente abordará y se pronunciará acerca de los siguientes aspectos: i) poder sancionatorio de las entidades estatales y marco regulatorio de las multas, y ii) naturaleza de la inhabilidad que se configura por el incumplimiento reiterado del contratista

2.1. Poder sancionatorio de las entidades estatales y marco regulatorio de las multas

De conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, y con el fin de dar cumplimiento a los

fines de la contratación estatal[1], las entidades estatales exigirán la ejecución idónea y oportuna del contrato, razón por la cual tienen la facultad para imponer sanciones a causa del incumplimiento del contratista. En ese sentido, la Administración goza de facultades sancionatorias que se traducen, entre otras, en medidas apremiantes o coercitivas que buscan el cumplimiento de las obligaciones del contratista cuando no lo ha hecho en los términos del contrato. Cuando se trata de la multa y/o cláusula penal las partes deben pactarlas, para que, previo procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, la entidad decida imponerlas.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-030 del 1 de febrero de 2012, frente a la potestad sancionatoria de la administración afirmó:

> La potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de "otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16).
>
> Así, la potestad sancionadora es una característica esencial de la administración y una función que es necesaria para el adecuado cumplimiento de los fines de nivel superior.

Por su parte, el Consejo de Estado[2] señaló que la potestad sancionatoria en materia contractual es una herramienta con la que cuenta la Administración para la realización de sus fines, la cual debe ceñirse a la normativa del ordenamiento jurídico y a los principios generales de las actuaciones administrativas. Al respecto dispuso:

> La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias.
> (...)
> La potestad sancionadora en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo

[1] Ley 80 de 1993: "Artículo 3o. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 2012, Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20.738), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

contencioso administrativo.

En el mismo pronunciamiento, el Consejo de Estado se refirió a la sanción como un instrumento del poder de policía administrativa que se traduce en la posibilidad que tiene la Administración "de limitar derechos e intereses individuales para lograr la materialización de intereses y derechos colectivos". También estableció que la sanción administrativa en materia contractual se impone al contratista como una medida de carácter coercitivo frente al incumplimiento de las obligaciones del contrato. En ese orden, determinó que la sanción administrativa puede estar acompañada de:

> a. **Medidas tendientes a restablecer el orden jurídico alterado.**
>
> b. **Medidas tendientes a obtener una reparación de perjuicios.**
>
> c. **Medidas tendientes a disuadir o a obtener el cumplimiento de una obligación.**
>
> Es normal que los ordenamientos jurídicos reconozcan en cabeza de las autoridades administrativas el ejercicio de competencias que aun cuando son coercitivas no tienen carácter punitivo, las cuales traen su causa en el incumplimiento de alguna obligación e intentan superar esta circunstancia, de forma tal que a diferencia de la sanción no se parte de una infracción y no tienen como finalidad imponer una pena que el culpable de la situación creada debe padecer.

Conviene, entonces, afirmar que la multa en materia contractual es una sanción administrativa ya que se pueden identificar los elementos de la definición antes mencionada.

Asimismo, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia del 7 de octubre de 2009, radicado No. 25000-23-26-000-1995-01699-01(17936), definió la sanción contractual como una manifestación efectiva del poder sancionatorio sobre el contratista como consecuencia del incumplimiento contractual.

> La sanción contractual es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción y en particular del poder punitivo del Estado (ius puniendi), como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, la cual debe encontrarse autorizada en la ley en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.
>
> En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas. (Subrayado por fuera del texto).

El marco regulatorio para imponer sanciones a los contratistas del Estado, de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, son los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 18 de la Ley 80 de 1993, además del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tratándose de multas, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[3] le otorga la facultad, solo a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, de imponerlas siempre que hayan sido pactadas en el contrato, con el objeto de conminar y apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones. No obstante, la imposición de multas debe estar precedida por el principio del debido proceso, y proceden sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, y de igual forma para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Además, la multa es una sanción pecuniaria que se le impone al contratista en caso de mora o tardanza e incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato, la cual solo se puede imponer como medida coercitiva mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones. Así lo manifestó el Consejo de Estado, en sentencia del 7 de octubre 2019, radicado No. 25000-23-26-000-1995-01699-01(17.936):

> Por regla general, las multas tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno en el desarrollo las obligaciones a su cargo y, por ende, esté en mora o retardo, conforme a los plazos convenidos. No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del

[3] "Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

"En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

"Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

"Parágrafo Transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".

mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual.
(...)

Con todo, adviértase que las multas que se pueden aplicar por las entidades públicas a su cocontratante, a título de sanción por el incumplimiento de sus obligaciones, deben ser establecidas previamente en el contrato, es decir, ser anteriores a la conducta que se prevé como hecho a sancionar.

Por último, para imponer sanciones a los contratistas, incluyendo las multas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán observar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011[4] de 2011, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa[5].

---

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

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

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

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, del 13 de noviembre de 2008, Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17.009).

2.2. Naturaleza jurídica de la sanción -inhabilidad- que se configura por el incumplimiento reiterado del contratista.

El ordenamiento jurídico contempla un régimen de inhabilidades para contratar con el Estado integrado por principios y normas dirigidos a proteger la moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa y garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales. Por lo anterior, ese régimen establece unas circunstancias fácticas que impiden y limitan la capacidad legal de determinadas personas, tanto naturales como jurídicas, para celebrar contratos con el Estado[6].

La causa de dicha limitación responde, generalmente, a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito de la persona que le impide ser parte en esas relaciones contractuales y sin ellas se podría afectar el correcto cumplimiento del contrato, afectando el interés público y las finalidades que demanda la actividad contractual estatal[7].

Según la naturaleza de los hechos o de las circunstancias que configuran una inhabilidad para contratar con el Estado, las causas generalmente corresponden a aspectos propios del cargo desempeñado, parentesco y sanciones que el Estado ha impuesto en ejercicio de su potestad sancionadora; a manera de ejemplo, la Ley 80 de 1993 establece, entre otras causales, que están inhabilitados para contratar con el Estado: i) quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución; los servidores públicos; y iii) quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación[8].

Nótese que el origen de la primera causal, responde a un contenido absolutamente sancionatorio, mientras que las otras provienen de aspectos relativos al parentesco o a la calidad que detenta una persona con ocasión de su cargo, por lo que preliminarmente se podría concluir que las inhabilidades producto de la potestad sancionatoria del Estado son en sí mismas sanciones, puesto que son producto de conductas jurídicamente reprochables.

---

[6] Este régimen se encuentra integrado, principalmente, por las inhabilidades previstas en la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011 y demás normas que las aclaren, adicionen, modifiquen o sustituyan. Ver Corte Constitucional, Sentencia del 20 de mayo de 2009, expediente D-7518, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996 Expediente D-1264, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[8] La Ley 80 de 1993 contiene, en el artículo 8, las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado, entre esas se encuentran las previstas en el numeral 1, literales d, f y g.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha clasificado las inhabilidades en dos tipos. El primero se refiere a aquellas que se configuran por concurrir en el individuo circunstancias de naturaleza personal, es el caso de la existencia de parentesco; y el segundo grupo se refiere a aquellas que tienen un componente sancionatorio, ya que la causa que impide a los individuos acceder a un determinado cargo o para celebrar contratos con el Estado se deriva del reproche penal, disciplinario, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta[9].

En términos generales, la Administración goza de la potestad sancionadora, la cual es, a su vez, una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que consiste en la aplicación de medidas represivas frente a los particulares y a los servidores públicos cuando sus actuaciones afectan o amenazan el ordenamiento jurídico.

Los contratos estatales tienen la finalidad de cumplir objetivos misionales y con ellos los fines del Estado. Para garantizar dicho cumplimiento, el legislador dio a las entidades estatales la facultad sancionatoria para imponer medidas apremiantes o coercitivas al contratista incumplido, como es el caso de la multa, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal o la caducidad. Sin embargo, esa potestad no es absoluta, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional está sometida a unos principios que a su vez fijan sus límites:

> (i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley que la regule; es decir, que corresponde sólo al legislador ordinario o extraordinario su definición. (ii) El principio de tipicidad que, si bien no es igual de riguroso al penal, sí obliga al legislador a hacer una descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción y a determinar expresamente la sanción. (iii) El debido proceso que exige entre otros, la definición de un procedimiento así sea sumario, que garantice el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, lo que incluye la designación expresa de la autoridad competente para imponer la sanción. (iv) El principio de proporcionalidad que se traduce en que la sanción debe ser proporcional a la falta o infracción administrativa que se busca sancionar. (v) La independencia de la sanción penal; esto significa que la sanción se puede imponer independientemente de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal".

En virtud de lo anterior, la potestad sancionadora de la Administración, para efectos de la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado del artículo 43 de la Ley 1955

[9] Corte Constitucional, Sentencia del 24 de mayo de 2005, expediente D-5459, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Así mismo, ver la Sentencia C-1062 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Sentencia C-780 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de 2019, cumple con los principios mínimos orientadores de su actividad sancionatoria: i) principio de legalidad y debido proceso: la Ley 1474 de 2011 indica el procedimiento que deben utilizar las entidades estatales para imponer las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento[10]. Así mismo, la Constitución Política prescribe que el debido proceso debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas; ii) principio de tipicidad y proporcionalidad: el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, el cual modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, establece los eventos en los que, como consecuencia de las sanciones impuestas al contratista por su incumplimiento contractual, se configura la inhabilidad para contratar con el Estado por un término de tres (3) años; iii) independencia de la sanción penal: la inhabilidad por incumplimiento reiterado puede imponerse independientemente de la sanción penal.

Entonces, las inhabilidades para contratar con el Estado son taxativas y la tipificación de algunas de sus causas responde a un contenido sancionatorio, tal y como se presenta en la inhabilidad por incumplimiento reiterado, razón por la cual esa inhabilidad en particular es de carácter sancionatorio [11].

En este sentido, la norma previó la imposición de multas y/o el incumplimiento contractual como sanciones que configuran la inhabilidad del artículo en mención en razón a que son medidas que castigan al contratista que incumple con las obligaciones convenidas en el contrato. Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, Gaceta 607/2010, quedó establecido:

> El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos.

Aunque el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, esta disposición no modificó los eventos que dan lugar la configuración de la inhabilidad del contratista cuando incurra en estos.

3. Respuesta

[10] Artículo 86.

[11] La Corte Constitucional, en sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, al analizar la constitucionalidad de los artículos 3 (parcial), 6 (parcial), 17, 33, 36, 78 (parcial) y 82 (parcial) de la Ley 190 de 1995 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa en Colombia", sostuvo lo siguiente: "La Constitución señala que "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" (C.P. art. 28). De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas no cobija a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio".

La Administración goza de la potestad sancionadora que consiste en la aplicación de medidas represivas frente a los particulares y a los servidores públicos cuando sus actuaciones afectan o amenazan el ordenamiento jurídico. En esa medida, y de acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, la sanción contractual es una manifestación del *ius puniendi* del Estado sobre el contratista, como consecuencia del incumplimiento contractual, la cual debe encontrarse autorizada en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta actividad.

Para garantizar el cumplimiento de los contratos y los fines del Estado, el legislador dio a las entidades estatales la facultad sancionatoria, para imponer medidas apremiantes o coercitivas al contratista incumplido, como es el caso de la multa.

En este sentido, las multas son sanciones pecuniarias de las cuales puede hacerse uso en ejercicio de la función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique la mora, retardo o incumplimientos parciales. Por lo anterior, no existe diferencia entre multa y sanción, toda vez que la multa es impuesta a título de sanción.

Finalmente, y en cuanto a la pregunta sobre por qué para las inhabilidades por incumplimiento reiterado solo se tienen en cuenta las multas, no existe información suficiente en la exposición de motivos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, más allá de la intención de fortalecer las sanciones para aquellos contratistas que estaban incumpliendo obligaciones en los contratos con el Estado, pues pese a ello podían seguir celebrando contratos sin restricción por dichos incumplimientos.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original firmado
Fabián Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Laura Cuenca Suárez

MULTAS Y CLAÚSULA PENAL – Decreto 222 de 1983

En vigencia del derogado Decreto 222 de 1983, las multas y la cláusula penal pecuniaria eran estipulaciones obligatorias de los "contratos administrativos" o de Derecho Público.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al interpretar el Decreto 222 de 1983, señaló que la imposición de multas debe hacerse dentro del plazo de ejecución del contrato y que las mismas se encuentran dispuestas para los incumplimientos parciales, pues su finalidad es constreñir al contratista a que cumpla con las obligaciones del contrato

MULTAS Y CLAÚSULA PENAL – Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 no contempló de forma expresa las multas y la cláusula penal pecuniaria, y solo en dos artículos se puede encontrar una referencia -no explicita- a estas potestades.

A pesar de tratarse de sanciones pecuniarias, la norma distingue las multas y la declaratoria de incumplimiento por la finalidad de cada una; de un lado, las multas se imponen con el "objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones"; y de otro lado, la declaratoria de incumplimiento tiene el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

La imposición de multas obedece a la existencia de incumplimientos parciales, ante los cuales el principal interés de la Administración es que el contratista se ponga al día con las obligaciones del contrato, mientras que el incumplimiento que hace efectiva la cláusula penal pecuniaria es el definitivo

INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Incumplimiento previo – Modificación – Ley 1474 de 2011 – Artículo 90

La modificación a los literales a) y b), introducida por la Ley 1955 de 2019, se refiere al período en el que debieron declararse los incumplimientos e impuesto las multas. Bajo el amparo de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas -literal a)- o los dos incumplimientos -literal b)- fueran decretados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. En la actualidad, con la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Configuración – Causal b) – Artículo 90 – Ley 1995 de 2019

Para que se configure la inhabilidad de 3 años, de la causal a), es necesario que al contratista le impongan 5 multas, esto es, 5 declaratorias de incumplimiento parcial, en uno o varios contratos, en una o varias entidades estatales, durante los últimos 3 años.

Para que se configure la inhabilidad de la causal b) es necesario que al contratista se le declare el incumplimiento definitivo, esto es, el que busca hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en al menos 2 contratos, con una o varias entidades, durante los últimos 3 años. Se afirma que el incumplimiento al que hace referencia esta causal es el definitivo.

El incumplimiento al que hace referencia el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 -modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019- es el incumplimiento total o definitivo del contrato, ante el cual el interés de la Administración es tasar y cobrar los perjuicios a ella causados por la paralización completa de la ejecución contractual.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR – Ley 1474 de 2011 – Artículo 90 – Multas e incumplimiento – No existe un vacío normativo

No existe un vacío que dé lugar a interpretaciones inexactas en relación con el contenido normativo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, especialmente en torno a lo que debe entenderse por las expresiones "multas" e "incumplimiento", pues, como ya quedó explicado, las multas obedecen a sanciones en eventos de incumplimiento parcial, mientras que cuando la norma se refiere a incumplimientos hace referencia al definitivo, el cual es declarado por la entidad para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria

Bogotá D.C., **11/12/2019 Hora 21:1:19s**

N° Radicado: 2201913000009165

Señora
Mireya Forero Bolaños

Radicación: Respuesta a la consulta 4201912000007060
Temas: Multas y cláusula penal pecuniaria
Tipo de asunto consultado: Inhabilidades por imposición de sanciones pecuniarias

Cordial saludo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 14 de octubre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

1. Problemas planteados

La solicitante plantea lo siguiente: "En atención a que el artículo 90 literal b) de la Ley 1474 de 2011 dice: 'b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos...'. Respetuosamente solicito su orientación indicando si las declaratorias de incumplimiento contractual a que hace referencia dicha norma son la declaratoria de incumplimiento total del contrato que hace efectiva la clausula penal, o también son las declaratorias parciales de incumplimiento cuando se efectúa la imposición de una multa, ya que en los dos casos hay una declaratoria de incumplimiento que puede ser total o parcial, pero al no ser especificado por dicha normativa, crea un vacío que puede dar lugar a interpretaciones inexactas".

2. Consideraciones

Para responder las preguntas formuladas, se harán unas consideraciones en relación con:

i) las multas y la cláusula penal pecuniaria y ii) las inhabilidades para contratar con el Estado en razón de incumplimientos previos.

2.1. Multas y cláusula penal pecuniaria

En vigencia del derogado Decreto 222 de 1983, las multas y la cláusula penal pecuniaria eran estipulaciones obligatorias de los "contratos administrativos" o de Derecho Público, pues así lo ordenaba el artículo 60[1] de ese estatuto. En ese orden, el artículo 71 de este decreto señalaba que "en los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. El artículo 72, con excepción del contrato de empréstito, obligaba que en todos los contratos se pactara la cláusula penal pecuniaria, que se haría efectiva directamente por la entidad contratante en los casos de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. A su turno, el artículo 73 establecía que "el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresarán al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado, directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida (...)".

Estas normas destacaban la obligación que tenían las entidades de pactar en los contratos administrativos estas potestades sancionatorias a cargo de la entidad, con la finalidad de que tuvieran herramientas para alcanzar los fines de la contratación, con observancia del principio de proporcionalidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al interpretar el Decreto 222 de 1983, señaló que la imposición de multas debe hacerse dentro del plazo de ejecución del contrato y que las mismas se encuentran dispuestas para los incumplimientos parciales, pues su finalidad es constreñir al contratista a que cumpla con las obligaciones del contrato:

> Se prevé que sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento

---

[1] Decreto 222 de 1983: "Artículo 60. DE LAS CLÁUSULAS QUE FORZOSAMENTE DEBEN CONTENER LOS CONTRATOS. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

"Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato".

cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.

> Quiere decir lo anterior que, una vez vencido el plazo de ejecución, cesa la aludida facultad, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (*ratione temporis*). 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"[2].

La Ley 80 de 1993 no contempló de forma expresa las multas y la cláusula penal pecuniaria, y solo en dos artículos se puede encontrar una referencia -no explicita- a estas potestades. Así, el numeral 2º del artículo 4 señaló como uno de los deberes y derechos de las entidades adelantar "las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar", y el artículo 22.1 -derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2004- señalaba el deber de las entidades estatales de enviar semestralmente a la Cámara de Comercio la información concerniente a los contratos ejecutados, *cumplimiento de los mismos y multas y sanciones*".

Lo anterior generó un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la posibilidad de la Administración de imponer sanciones pecuniarias, divergencia que quedó definida con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 17 señaló lo siguiente:

> El debido proceso será principio en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
>
> En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, *tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, *así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

---

[2] Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, C.P. Ruth Stella Palacio Correa, Rad. 1995-01699-01 (17.936).

> Parágrafo. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva*.
>
> Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. (Cursivas fuera de texto).

Además, en concepto proferido por esta Subdirección se determinó que, a partir de la Ley 1150 de 2007, la entidad puede aplicar multas y clausula penal, incluso después del plazo de ejecución del contrato, porque la norma sujetó esta facultad a la existencia de obligaciones pendientes:

> Nótese que la norma no condicionó la aplicación de las sanciones (multa y cláusula penal) al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede ser verificado después del plazo de ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido a cumplir. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido, por lo que la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podrá hacerlo tardíamente con las consecuencias que esto conlleva15. No obstante, la entidad es la que debe, dependiendo de su necesidad, determinar si inclusive con el cumplimiento tardío del contratista aún se satisface el interés público[3].

Nótese que a pesar de tratarse de sanciones pecuniarias, la norma distingue las multas y la declaratoria de incumplimiento por la finalidad de cada una; de un lado, las multas se imponen con el "objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones"; y de otro lado, la declaratoria de incumplimiento tiene el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Lo anterior permite concluir que la imposición de multas obedece a la existencia

[3] Colombia Compra Eficiente. Concepto del 21 de agosto de 2019. Rad. 2201913000006049.

de incumplimientos parciales, ante los cuales el principal interés de la Administración es que el contratista se ponga al día con las obligaciones del contrato, mientras que el incumplimiento que hace efectiva la cláusula penal pecuniaria es el definitivo, pues el interés de la Administración es tasar y cobrar de manera anticipada los perjuicios que le ha causado el contratista que de forma definitiva incumplió el contrato.

Este ha sido el entendimiento del Consejo de Estado a propósito de la diferencia entre estas sanciones pecuniarias que impone la Administración luego de surtido el debido proceso administrativo:

> De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."
>
> Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones[4].

Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido fluctuaciones en materia de multas y cláusula penal pecuniaria, principalmente en torno a la posibilidad de pactarlas e imponerlas en vigencia de la Ley 80 de 1993, lo que sí ha sido pacífico es el entendimiento en torno a la finalidad de cada una, aspecto que nos permite afirmar que las multas proceden ante incumplimientos parciales, mientras que la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria procede ante el incumplimiento definitivo del contrato.

2.2. Inhabilidades para contratar con el Estado en razón de incumplimientos previos

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en

[4] Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 1996-02081-01 (17.009).

uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de lo contratos que las generaron. En este sentido, creó unas inhabilidades para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales.

El artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció la inhabilidad de 3 años, que se configura bajo las siguientes tres causales:

> a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
>
> b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
>
> c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.
>
> La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará expíicita en el texto del respectivo certificado.
>
> Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.".

Recientemente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, los cuales quedaron así:

> a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años*;
>
> b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años* (...). (Cursivas fuera de texto).

La modificación a los literales a) y b), introducida por la Ley 1955 de 2019, se refiere al período en el que debieron declararse los incumplimientos e impuesto las multas. Bajo el amparo de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas -literal a)- o los dos incumplimientos -literal b)- fueran decretados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. En la actualidad, con la Ley 1955 de 2019,

basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

Para entender la diferencia que existe entre las causales de inhabilidad a) y b) se hace necesario acudir a las diferencias entre la declaratoria de incumplimiento y la imposición de multas durante la ejecución de un contrato, explicada en el acápite anterior.

Así pues, para que se configure la inhabilidad de 3 años, de la causal a), es necesario que al contratista le impongan 5 multas, esto es, 5 declaratorias de incumplimiento parcial, en uno o varios contratos, en una o varias entidades estatales, durante los últimos 3 años. Para la configuración de esta causal es claro que la conducta del contratista es la del incumplimiento parcial, no sólo por la naturaleza conminatoria o apremiante de la multa, sino, además, por la existencia de la causal b) que se refiere a la declaratoria de incumplimiento -definitivo-.

En este orden, para que se configure la inhabilidad de la causal b) es necesario que al contratista se le declare el incumplimiento definitivo, esto es, el que busca hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en al menos 2 contratos, con una o varias entidades, durante los últimos 3 años. Se afirma que el incumplimiento al que hace referencia esta causal es el definitivo, toda vez que, en primer lugar, la norma no señala, como sí lo hace en la causal a) sobre multas, la frase "en uno o varios contratos", y ello se entiende en la medida en que el incumplimiento definitivo solo se puede declarar una vez por contrato, en otras palabras, el incumplimiento que busca hacer efectiva la cláusula penal solo puede ser declarado una sola vez, a diferencia de las multas, que pueden ser impuestas varias veces en el mismo contrato; y en segundo lugar, para los incumplimientos parciales el legislador previó la causal a).

En línea de lo anterior, el incumplimiento al que hace referencia el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 -modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019- es el incumplimiento total o definitivo del contrato, ante el cual el interés de la Administración es tasar y cobrar los perjuicios a ella causados por la paralización completa de la ejecución contractual.

Lo anterior lo corrobora la causal c) de la norma citada, que sostiene que la inhabilidad de 3 años se configura cuando el contratista ha sido objeto de imposición de 2 multas y 1 incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

Ello quiere decir que, a pesar de no decir de forma expresa que el incumplimiento al que se refiere es el definitivo, esto se puede concluir fácilmente al leer que la norma distingue entre multas e incumplimiento, y esta es la misma distinción que ha elaborado la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la naturaleza apremiante y conminatoria de las

multas, que busca superar los incumplimientos parciales, y el carácter definitivo de la declaratoria de incumplimiento, cuyo finalidad es hacer efectiva la cláusula penal, ante el hecho de la desatención total e irreversible de las obligaciones por parte del contratista.

En este orden de ideas, no existe un vacío que dé lugar a interpretaciones inexactas en relación con el contenido normativo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, especialmente en torno a lo que debe entenderse por las expresiones "multas" e "incumplimiento", pues, como ya quedó explicado, las multas obedecen a sanciones en eventos de incumplimiento parcial, mientras que cuando la norma se refiere a incumplimientos hace referencia al definitivo, el cual es declarado por la entidad para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Este es el alcance que tiene cada vocablo para efectos de la configuración de la inhabilidad de 3 años prevista en la norma para aquellos contratistas incumplidos.

Cuando la causal a) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se refiere a las "multas" alude a incumplimientos parciales, y cuando el literal b) sostiene "incumplimientos" alude al incumplimiento total, que busca hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, razón por la cual, dentro de los incumplimientos que consagra el literal b) no pueden entenderse los parciales, pues estos dan lugar a multas, las cuales tienen una causal independiente, que es la del literal a).

3. Respuesta

El incumplimiento al que se refiere el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 es el definitivo, es decir, la declaratoria de incumplimiento que busca hacer efectiva la cláusula penal. Para el caso de incumplimientos parciales, el mismo artículo previó, en el literal a), la configuración de la inhabilidad para contratar en razón de la imposición de un número determinado de multas. Lo anterior quiere decir que si se trata de multas -incumplimientos parciales- la causal configurativa de la inhabilidad es la contenida en el literal a) y si se trata de incumplimientos definitivos, la causal que genera la inhabilidad es la del literal b).

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original firmado
Fabián Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Leider Gómez Caballero