



CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

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

ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO – Concepto – Fundamento – Atipicidad – Autonomía de la voluntad

Para la mayoría de los contratos estatales, ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni sus normas complementarias y reglamentarias regulan expresamente los «acuerdos de niveles de servicio», ni brindan a las entidades estatales la competencia para efectuar un descuento, *de plano*, de sumas de dinero al contratista por el incumplimiento de los hitos contractuales o compromisos acordados en el contrato. La referencia más cercana a la expresión se encuentra en el régimen de las asociaciones público privadas (APP), que sí establece los «niveles de servicio» como una condición de retribución e incluso permite efectuar ciertos descuentos por este concepto. Pero, como se sabe, este es un régimen que aplica solo a los contratos de APP. Por tanto, para los demás contratos estatales los acuerdos de niveles de servicios constituyen una figura *atípica*, pues no se encuentra tipificada ni regulada.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales». Esto significa que las entidades pueden acordar





con el contratista incluir estipulaciones que propendan por el cumplimiento efectivo del objeto contractual, siempre que estas cláusulas sean acordes con los límites consagrados en las normas de orden público, es decir, que no incurran en causales de nulidad. Por ende, nada obsta para que, dentro de estas estipulaciones, las partes, por ejemplo, acuerden estándares o hitos de cumplimiento. Más aún, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como se indicó, permite pactar multas y cláusulas penales pecuniarias y faculta a las entidades estatales para hacerlas efectivas unilateralmente.

ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO – Sanciones – Procedimiento – Aplicación – Debido proceso

[...], el debido proceso, como principio rector de las actuaciones contractuales, impide que tales descuentos por la inobservancia de los niveles de servicio acordados se practiquen automáticamente, es decir, sin un trámite previo en el cual el contratista tenga la oportunidad de ejercer sus derechos de audiencia, defensa y los demás que integran dicho derecho fundamental. En efecto, como indicó recientemente el Consejo de Estado:

«En las actuaciones administrativas contractuales el debido proceso tiene papel preponderante, en tanto que, como resultado de éstas se pueden generar afectaciones a variados derechos de los contratistas, motivo por el cual, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación estatal se haga necesario adoptar una decisión en contra de los intereses del administrado, ello debe ser el resultado de la observancia de un procedimiento que preserve la realización de las garantías del debido proceso; en tal virtud, el respeto de ese derecho torna en improcedente la imposición de plano de dichas decisiones».

En suma, si una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración pública estipula acuerdos de niveles de servicio en el contrato, pactándolos como multas o cláusulas penales por el incumplimiento de los estándares de calidad o servicio por parte del contratista, debe cumplir con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que, a su vez, se concreta en el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Si aplicado el procedimiento se decreta el incumplimiento y se procede con el descuento, ese mismo hecho y fundamento no podría dar lugar a la imposición de otra sanción que tenga la misma naturaleza jurídica –por ejemplo, de otra multa, si el acuerdo de nivel de servicio pactado tiene la misma naturaleza de aquella–, porque se menoscabaría el principio *nom bis in idem*, que también integra el derecho fundamental al debido proceso y que prohíbe sancionar dos o más veces por el mismo hecho. En definitiva, los acuerdos de niveles de servicio se pueden pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, si su naturaleza se determina como sancionatoria en el contrato, su aplicación debe estar precedida por la garantía del debido proceso.





Bogotá D.C., 20 de Diciembre de 2022

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221220015082
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 20/12/2022 16:15:45

Señora
Angie Andrea Segura Torres
Bogotá, D.C.

Concepto C – 866 de 2022

Temas: CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO – Concepto – Fundamento – Atipicidad – Autonomía de la voluntad / ACUERDOS DE NIVELES DE SERVICIO – Sanciones – Procedimiento – Aplicación – Debido proceso

Radicación: Respuesta a consulta P20221103011089

Estimada señora Segura:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 2 de noviembre de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente consulta:

«[...] de manera respetuosa me permito elevar a esa entidad, los interrogantes que planteo a continuación, relacionados con los acuerdos de niveles de servicio.

»1. En el marco de la compra pública, ¿qué se entiende por acuerdos de niveles de servicio?

»2. En el marco de la compra pública, ¿los acuerdos de niveles de servicio pueden ser considerados como sanciones?

»3. En el marco de la compra pública, ¿es posible aplicar acuerdos de niveles de servicio y posteriormente bajo los mismos hechos iniciar una actuación administrativa sancionatoria que conlleve a una sanción?

**DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN****Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente****Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia**www.colombiacompra.gov.co



»4. En el marco de la compra pública, ¿se pueden pactar acuerdos de niveles de servicio en los contratos estatales para definir estándares de calidad en la prestación del servicio?

»5. En este sentido, frente a un incumplimiento de un acuerdo de nivel de servicio ¿se pueden pactar cláusulas que incorporen consecuencias económicas como lo son los descuentos?

»6. En el marco de la compra pública ¿existe un procedimiento para aplicar descuentos por acuerdos de niveles de servicio?, de ser el caso, ¿está incorporado en la implementación de los documentos tipo?

»7. ¿Cuál es el fundamento normativo para dar aplicación a los acuerdos de niveles de servicio?

»8. ¿Las cláusulas de descuento por indicadores de calidad son aplicables a todos los contratos estatales o deben contar con condiciones específicas para su incorporación?

»9. ¿Cómo se realiza la medición del cumplimiento de los niveles de servicio en la contratación pública?»

2. Consideraciones

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) procedimiento administrativo sancionatorio contractual previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y iii) condiciones para la aplicación de los «acuerdos de niveles de servicio» en la contratación estatal.

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

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

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

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



www.colombiacompra.gov.co



terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

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

[...] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado¹.

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

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 15.024. C.P.





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

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

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

Aunque la caducidad y la terminación unilateral comparten la característica de ser cláusulas excepcionales que conducen al cese de la relación contractual, entre ambas hay diferencias importantes. De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad es una *sanción* que solo procede «[...] si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización» y que genera una inhabilidad para contratar con una vigencia de cinco (5) años, de acuerdo con el artículo 8, numeral 1, literal c) de la Ley 80 de 1993. En cambio, la terminación unilateral anticipada del contrato puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son: i) razones de servicio público o de orden público, ii) muerte





o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

De otro lado, un caso especial de terminación unilateral del contrato se encuentra previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que obliga a las entidades estatales a terminar el contrato, mediante acto administrativo, cuando se configure alguna de las causales de nulidad absoluta indicadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 del Estatuto General, es decir, i) cuando el contrato se haya celebrado con personas afectadas por inhabilidades o incompatibilidades, ii) cuando el contrato se haya perfeccionado contraviniendo una prohibición legal o con desviación de poder y iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en los que se fundamente la celebración del contrato.

Puede concluirse entonces que, en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, mientras la caducidad es una sanción contractual, la terminación unilateral no reviste carácter sancionatorio por inobservancia de los compromisos del contratista. En otras palabras, no es una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones durante la ejecución del contrato estatal, sino que se trata de una cláusula excepcional que le permite a las entidades estatales salvaguardar los fines a los que atiende la celebración y ejecución del contrato. En consecuencia, así como en relación con la caducidad se explicó que no es un requisito legal la imposición previa de las multas, con mayor razón tampoco lo es para declarar la terminación unilateral, porque ni es una sanción ni es la consecuencia del incumplimiento de obligaciones durante la ejecución del contrato.

Por tanto, de lo anterior se desprende que tampoco es necesario surtir el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la terminación unilateral, porque esto no se encuentra dentro de los supuestos que determinan el ámbito de aplicación de dicho procedimiento, de acuerdo con el primer inciso de dicho artículo. Por ende, al no ser una sanción por la inejecución o ejecución inadecuada del contrato, ni el resultado de un incumplimiento, y toda vez que también debe garantizarse el debido proceso, para declarar la terminación unilateral las entidades estatales deben adelantar el procedimiento administrativo común o general regulado en los artículos 34 al 45 de la Ley 1437 de 2011. Esto en virtud de la remisión efectuada por el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a «[...] las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa» y del principio de subsidiariedad consagrado en los artículos 2 y 34 de la Ley 1437 de 2011, que establece que el procedimiento administrativo común o general se aplica cuando no existan normas especiales que regulen el trámite en sede administrativa.

El último grupo de potestades excepcionales –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las





entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato². No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder³.

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso»⁴. De otro lado, la Corte Constitucional⁵ precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las

² Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Expediente: 20.916.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 16.367. Véase también: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 17.009.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.





sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato». En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato»⁷.

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

2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual: artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

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

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete»⁸. A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.



la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante – cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁹. De ahí que las entidades de *régimen especial*¹⁰ en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este¹¹. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

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

⁹ Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]».

¹⁰ Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

¹¹ Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C-434 del 29 de julio de 2020.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

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



www.colombiacompra.gov.co



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.

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el





contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos¹².

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente¹³.

2.3. Condiciones para aplicar los «acuerdos de niveles de servicio» como tipo de sanción en la contratación estatal

En la consulta que se analiza, la peticionaria formula una serie de preguntas mediante las cuales, en síntesis, indaga si en la contratación estatal se pueden pactar y aplicar los «acuerdos de niveles de servicio», su definición, su naturaleza jurídica, su fundamento normativo y el procedimiento que debe adelantarse para hacerlos efectivos, es decir, si pueden aplicarse por descuento directo por parte de la entidad estatal o requieren de algún tipo de trámite previo.

¹² La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: «Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

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

¹³ En este sentido, Suárez Tamayo indica: «La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165).





Para la mayoría de los contratos estatales, ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni sus normas complementarias y reglamentarias regulan expresamente los «acuerdos de niveles de servicio», ni brindan a las entidades estatales la competencia para efectuar un descuento, *de plano*, de sumas de dinero al contratista por el incumplimiento de los hitos contractuales o compromisos acordados en el contrato. La referencia más cercana a la expresión se encuentra en el régimen de las asociaciones público privadas (APP), que sí establece los «niveles de servicio» como una condición de retribución¹⁴ e incluso permite efectuar ciertos descuentos por este concepto¹⁵. Pero, como se sabe, este es un régimen que aplica solo a los contratos de APP. Por tanto, para los demás contratos estatales los acuerdos de niveles de servicios constituyen una figura *atípica*, pues no se encuentra tipificada ni regulada.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales». Esto significa que las entidades pueden acordar con el contratista incluir estipulaciones que propendan por el cumplimiento efectivo del objeto contractual, siempre que estas cláusulas sean acordes con los límites consagrados en las normas de orden público, es decir, que no incurran en causales de nulidad¹⁶.

¹⁴ En efecto, el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 establece que «El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento».

¹⁵ Al respecto, el artículo 2.2.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 dispone: «Mecanismos de deducciones graduales por Niveles de Servicio y Estándares de Calidad. Los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad, estarán expresamente establecidos en el contrato, y podrán contemplar un esquema de gradualidad, en virtud del cual se efectuarán deducciones proporcionales sobre las retribuciones previstas.

»En los contratos podrá establecerse la posibilidad de no aplicar las deducciones a las que hace referencia el presente artículo, cuando el Nivel de Servicio y Estándar de Calidad afectado fuere restablecido a los parámetros contemplados en el contrato en el plazo definido para dicho efecto.

»Los valores a descontar estarán sujetos a mecanismos de actualización de la retribución.

»En todo caso, en el respectivo contrato deberá definirse claramente aquellos eventos constitutivos de incumplimiento del contrato como consecuencia de no alcanzar el Nivel de Servicio y Estándar de Calidad previsto para el efecto.

»En los contratos se establecerá expresamente el procedimiento para programar aquellas actividades o trabajos preventivos y rutinarios que sean contemplados previamente como necesarios para lograr un adecuado nivel de operación y mantenimiento de la infraestructura, que puedan alterar la prestación de servicios, sin que ello implique la realización de descuentos por no alcanzar Niveles de Servicio y Estándares de Calidad.

»La entidad estatal competente exigirá la adopción de medidas, por parte del contratista, para minimizar las interferencias en el funcionamiento normal del servicio».

¹⁶ Recuérdese que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece: «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

»1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

»2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

»3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.





Por ende, nada obsta para que, dentro de estas estipulaciones, las partes, por ejemplo, acuerden estándares o hitos de cumplimiento. Más aún, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como se indicó, permite pactar multas y cláusulas penales pecuniarias y faculta a las entidades estatales para hacerlas efectivas unilateralmente.

Sin embargo, como también se señaló, el referido artículo 17 establece que independientemente de que estas medidas sancionatorias hayan sido acordadas por las partes, su imposición por la entidad estatal debe estar precedida de la garantía del debido proceso, derecho fundamental que se concreta en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuyas etapas fueron expuestas en el acápite anterior. Esto permite señalar que cualquiera sea la denominación que en el contrato tengan las sanciones por incumplimiento parcial, su efectividad debe cumplir con la garantía del debido proceso. Dicho de otra manera, así las multas o cláusulas penales se nombren en el contrato como «acuerdos de niveles de servicio», no pueden aplicarse de plano, sino garantizando el debido proceso.

Según se indicó, los «acuerdos de niveles de servicio» no se encuentran regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni en sus normas complementarias y reglamentarias, sino solo para los contratos de APP. Esto dificulta señalar con carácter definitivo o absoluto cuál es su naturaleza jurídica y, concretamente, si es sancionatoria o no. Justamente, por su carácter *atípico*, la determinación de su naturaleza depende de la forma como las partes hayan pactado dichos *acuerdos* en el contrato en cada caso. Ahora bien, la costumbre comercial refleja que, usualmente, estos *acuerdos* son estipulaciones mediante las cuales el contratista se compromete a ejecutar sus obligaciones con un determinado grado de calidad o eficiencia¹⁷, para, en caso de no cumplir con tal nivel de satisfacción, ver disminuida en parte su remuneración en virtud del descuento que le realiza el contratante.

Sin embargo, el debido proceso, como principio rector de las actuaciones contractuales, impide que tales descuentos por la inobservancia de los niveles de servicio acordados se practiquen automáticamente, es decir, sin un trámite previo en el cual el contratista tenga la oportunidad de ejercer sus derechos de audiencia, defensa y los demás que integran dicho derecho fundamental. En efecto, como indicó recientemente el Consejo de Estado:

-
- »4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
 - »5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley».

¹⁷ El Departamento Administrativo de la Función Pública define los acuerdos de niveles de servicio de la siguiente manera: «Los Acuerdos de Niveles de Servicio (ANS), son parámetros, tiempos y requisitos establecidos para la entrega de productos o servicios de un proceso a los usuarios internos y externos, con los cuales se medirá la oportunidad del mismo». En: [https://www.funcionpublica.gov.co/glosario/-/wiki/26415658/Acuerdo%20de%20Nivel%20de%20Servicio%20\(ANS\)](https://www.funcionpublica.gov.co/glosario/-/wiki/26415658/Acuerdo%20de%20Nivel%20de%20Servicio%20(ANS))





En las actuaciones administrativas contractuales el debido proceso tiene papel preponderante, en tanto que, como resultado de éstas se pueden generar afectaciones a variados derechos de los contratistas, motivo por el cual, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación estatal se haga necesario adoptar una decisión en contra de los intereses del administrado, ello debe ser el resultado de la observancia de un procedimiento que preserve la realización de las garantías del debido proceso; en tal virtud, el respeto de ese derecho torna en improcedente la imposición de plano de dichas decisiones¹⁸.

En suma, si una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración pública estipula acuerdos de niveles de servicio en el contrato, pactándolos como multas o cláusulas penales por el incumplimiento de los estándares de calidad o servicio por parte del contratista, debe cumplir con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que, a su vez, se concreta en el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Si aplicado el procedimiento se decreta el incumplimiento y se procede con el descuento, ese mismo hecho y fundamento no podría dar lugar a la imposición de otra sanción que tenga la misma naturaleza jurídica –por ejemplo, de otra multa, si el acuerdo de nivel de servicio pactado tiene la misma naturaleza de aquella–, porque se menoscabaría el principio *nom bis in idem*, que también integra el derecho fundamental al debido proceso y que prohíbe sancionar dos o más veces por el mismo hecho. En definitiva, los acuerdos de niveles de servicio se pueden pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, si su naturaleza se determina como sancionatoria en el contrato, su aplicación debe estar precedida por la garantía del debido proceso.

3. Respuesta

«[...] de manera respetuosa me permito elevar a esa entidad, los interrogantes que planteo a continuación, relacionados con los acuerdos de niveles de servicio.

»1. En el marco de la compra pública, ¿qué se entiende por acuerdos de niveles de servicio?

»2. En el marco de la compra pública, ¿los acuerdos de niveles de servicio pueden ser considerados como sanciones?

»3. En el marco de la compra pública, ¿es posible aplicar acuerdos de niveles de servicio y posteriormente bajo los mismos hechos iniciar una actuación administrativa sancionatoria que conlleve a una sanción?

»4. En el marco de la compra pública, ¿se pueden pactar acuerdos de niveles de servicio en los contratos estatales para definir estándares de calidad en la prestación del servicio?

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Expediente: 53.318. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.





»5. En este sentido, frente a un incumplimiento de un acuerdo de nivel de servicio ¿se pueden pactar cláusulas que incorporen consecuencias económicas como lo son los descuentos?

»6. En el marco de la compra pública ¿existe un procedimiento para aplicar descuentos por acuerdos de niveles de servicio?, de ser el caso, ¿esta incorporado en la implementación de los documentos tipo?

»7. ¿Cuál es el fundamento normativo para dar aplicación a los acuerdos de niveles de servicio?

»8. ¿Las cláusulas de descuento por indicadores de calidad son aplicables a todos contratos estatales o deben contar con condiciones específicas para su incorporación?

»9. ¿Cómo se realiza la medición del cumplimiento de los niveles de servicio en la contratación pública?»

Para la mayoría de los contratos estatales, ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni sus normas complementarias y reglamentarias regulan expresamente los «acuerdos de niveles de servicio», ni brindan a las entidades estatales la competencia para efectuar un descuento, *de plano*, de sumas de dinero al contratista por el incumplimiento de los hitos contractuales o compromisos acordados en el contrato. La referencia más cercana a la expresión se encuentra en el régimen de las asociaciones público privadas (APP), que sí establece los «niveles de servicio» como una condición de retribución e incluso permite efectuar ciertos descuentos por este concepto. Pero, como se sabe, este es un régimen que aplica solo a los contratos de APP. Por tanto, para los demás contratos estatales los acuerdos de niveles de servicios constituyen una figura *atípica*, pues no se encuentra tipificada ni regulada.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales». Esto significa que las entidades pueden acordar con el contratista incluir estipulaciones que propendan por el cumplimiento efectivo del objeto contractual, siempre que estas cláusulas sean acordes con los límites consagrados en las normas de orden público, es decir, que no incurran en causales de nulidad. Por ende, nada obsta para que, dentro de estas estipulaciones, las partes, por ejemplo, acuerden estándares o hitos de cumplimiento. Más aún, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como se indicó, permite pactar multas y cláusulas penales pecuniarias y faculta a las entidades estatales para hacerlas efectivas unilateralmente.

Sin embargo, como también se señaló, el referido artículo 17 establece que independientemente de que estas medidas sancionatorias hayan sido acordadas por las partes, su imposición por la entidad estatal debe estar precedida de la garantía del debido proceso, derecho fundamental que se concreta en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuyas etapas fueron expuestas en el acápite anterior. Esto permite señalar que cualquiera sea la denominación que en el contrato tengan las





sanciones por incumplimiento parcial, su efectividad debe cumplir con la garantía del debido proceso. Dicho de otra manera, así las multas o cláusulas penales se nombren en el contrato como «acuerdos de niveles de servicio», no pueden aplicarse de plano, sino garantizando el debido proceso.

Según se indicó, los «acuerdos de niveles de servicio» no se encuentran regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni en sus normas complementarias y reglamentarias, sino solo para los contratos de APP. Esto dificulta señalar con carácter definitivo o absoluto cuál es su naturaleza jurídica y, concretamente, si es sancionatoria o no. Justamente, por su carácter *atípico*, la determinación de su naturaleza depende de la forma como las partes hayan pactado dichos *acuerdos* en el contrato en cada caso. Ahora bien, la costumbre comercial refleja que, usualmente, estos *acuerdos* son estipulaciones mediante las cuales el contratista se compromete a ejecutar sus obligaciones con un determinado grado de calidad o eficiencia, para, en caso de no cumplir con tal nivel de satisfacción, ver disminuida en parte su remuneración en virtud del descuento que le realiza el contratante.

Sin embargo, el debido proceso, como principio rector de las actuaciones contractuales, impide que tales descuentos por la inobservancia de los niveles de servicio acordados se practiquen automáticamente, es decir, sin un trámite previo en el cual el contratista tenga la oportunidad de ejercer sus derechos de audiencia, defensa y los demás que integran dicho derecho fundamental. En efecto, como indicó recientemente el Consejo de Estado:

En las actuaciones administrativas contractuales el debido proceso tiene papel preponderante, en tanto que, como resultado de éstas se pueden generar afectaciones a variados derechos de los contratistas, motivo por el cual, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación estatal se haga necesario adoptar una decisión en contra de los intereses del administrado, ello debe ser el resultado de la observancia de un procedimiento que preserve la realización de las garantías del debido proceso; en tal virtud, el respeto de ese derecho torna en improcedente la imposición de plano de dichas decisiones¹⁹.

En suma, si una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración pública estipula acuerdos de niveles de servicio en el contrato, pactándolos como multas o cláusulas penales por el incumplimiento de los estándares de calidad o servicio por parte del contratista, debe cumplir con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que, a su vez, se concreta en el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Si aplicado el procedimiento se decreta el incumplimiento y se procede con el descuento, ese mismo hecho y fundamento no podría dar lugar a la imposición de otra sanción que tenga la misma naturaleza jurídica –por ejemplo, de otra multa, si el acuerdo de nivel de servicio pactado tiene la misma naturaleza de aquella–, porque se menoscabaría el principio

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de febrero de 2022. Expediente: 53.318. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.





nom bis in idem, que también integra el derecho fundamental al debido proceso y que prohíbe sancionar dos o más veces por el mismo hecho. En definitiva, los acuerdos de niveles de servicio se pueden pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, si su naturaleza se determina como sancionatoria en el contrato, su aplicación debe estar precedida por la garantía del debido proceso.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Carolina Armenta Celis
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

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



www.colombiacompra.gov.co