

**GEA SAS**  
GRUPO EDITORIAL

# LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA



## ANÁLISIS DE LAS MULTAS Y CLÁUSULA PENAL

HUGO DANIEL ORTIZ VANEGAS  
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA  
ANÁLISIS DE LAS MULTAS Y CLÁUSULA PENAL

HUGO DANIEL ORTIZ VANEGAS  
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ



ISBN DIGITAL: 978-958-53430-0-9

Este libro pretende dar a conocer la aplicación en Colombia de las cláusulas penales y las multas en la contratación estatal, definiendo los contratos que son suscritos por el Estado, y a su vez los contratos de la administración, pasando por el análisis de los principios que confluyen y su respectiva evolución en el sistema jurídico colombiano, determinando la naturaleza jurídica de la cláusula penal y las multas contractuales que se estipulen en un contrato estatal, regido por la normatividad actual (Ley 80/93, 1150/07 y 1474/11). Resulta de interés para los sectores público y privado y, en especial, en el sector académico, debido a la creciente importancia que tiene la contratación estatal por la incapacidad del Estado de proveer por sí mismo los insumos y servicios necesarios para la satisfacción del interés general de la comunidad y la utilidad pública, por lo cual debe salir a contratar con el sector privado. Es así como se afirma que los integrantes del sector real de la economía, el gobierno, los inversionistas potenciales y los estudiosos de la doctrina y jurisprudencia administrativa son los usuarios inmediatos de este tipo de trabajos, con lo cual se fomenta el debate, la aclaración y unificación de conceptos.

Este libro está dirigido a toda la comunidad académica, con el propósito de brindar conocimiento sobre el tema de multas y cláusulas penales en la contratación estatal.

## AGRADECIMIENTOS

A mi Dios, como Hacedor de todas las cosas.

A mi apreciado grupo de trabajo, por su disposición permanente e incondicional, por sus sustanciales sugerencias durante la redacción de este documento; igualmente, por su valiosa colaboración y buena voluntad que enriquecieron esta labor.

A mis padres, quienes me educaron con su más profundo amor.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	9
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	10
<b>LIBRO I</b> .....	12
<b>DESARROLLO CONCEPTUAL DEL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN, LAS CLÁUSULAS PENALES Y LAS MULTAS</b> .....	12
<b>CAPÍTULO I</b> .....	12
<b>NOCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS POTESTADES SANCIONATORIAS DEL ESTADO</b> .....	12
<b>Origen y evolución de los contratos administrativos</b> .....	13
<b>Contratación Estatal en Colombia y las facultades sancionadoras (cláusula penal pecuniaria, multas y caducidad)</b> .....	18
<b>Contrato Estatal antes de la Ley 80 de 1993. Decreto-Ley 222 de 1983.</b> .....	24
a. <b>Cláusulas obligatorias</b> .....	26
b. <b>Ecuación financiera del Contrato:</b> .....	27
<b>La Etapa constitucional y principalista</b> .....	31
<b>El contrato Estatal en la Ley 80 de 1993.</b> .....	31
<b>I. BILATERALIDAD</b> .....	32
<b>II. ONEROSIDAD</b> .....	36
<b>III. SOLEMNE</b> .....	36
<b>IV. PRINCIPAL</b> .....	36
<b>V. NOMINADO</b> .....	36
<b>Principios de la Contratación Estatal en la Ley 80 de 1993.</b> .....	36
<b>Contrato Estatal en la Ley 1150 de 2007.</b> .....	42
<input type="checkbox"/> <b>Nulidad Relativa</b> .....	50
<b>Terminación Unilateral de la Administración</b> .....	52
<b>CAPÍTULO III</b> .....	54
<b>PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> .....	54
<b>Cláusula Exorbitante</b> .....	55
<input type="checkbox"/> <b>Interpretación Unilateral</b> .....	57
<input type="checkbox"/> <b>Modificación Unilateral</b> .....	61

<input type="checkbox"/> Terminación Unilateral Del Contrato.....	63
La Cláusula Excepcional.....	64
Cláusulas Opcionales y Especiales.....	67
<input type="checkbox"/> La Cláusula Penal.....	67
Discrecionalidad Administrativa Contratación Estatal.....	70
<input type="checkbox"/> La Discrecionalidad en el Acto Administrativo.....	72
<input type="checkbox"/> Tipos de Discrecionalidad.....	72
1. Discrecionalidad Típica.....	72
2. Discrecionalidad Atípica.....	73
3. Discrecionalidad Restringida o Atenuada.....	73
4. Discrecionalidad Técnica.....	73
<input type="checkbox"/> Discrecionalidad Técnica.....	74
<input type="checkbox"/> Los límites de la Discrecionalidad.....	78
<input type="checkbox"/> Discrecionalidad y Arbitrariedad.....	80
<input type="checkbox"/> La Facultad Discrecional y la Teoría de las Nulidades.....	81
<b>LIBRO II.....</b>	<b>82</b>
<b>LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS.....</b>	<b>83</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>83</b>
<b>GENERALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO PRIVADO</b>	<b>83</b>
Origen y evolución.....	83
<b>CLÁUSULA PENAL EN FRANCIA, ESPAÑA Y ARGENTINA.....</b>	<b>88</b>
<input type="checkbox"/> Cláusula Penal: Francia.....	89
<input type="checkbox"/> Cláusula Penal: España.....	93
<input type="checkbox"/> Cláusula Penal: Argentina.....	96
Tratamiento Jurisprudencial en el Derecho Privado en Colombia.....	98
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>106</b>
<b>LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO ESTATAL.....</b>	<b>106</b>
Desarrollo Legal.....	108
Imposición.....	109
Declaración Unilateral del Incumplimiento.....	113
<b>2.4. Desarrollo Jurisprudencial.....</b>	<b>115</b>
a. Tesis contractualista.....	119

b. Tesis monopolista o exorbitante del Estado .....	120
c. Tesis principialista o de principios rectores de la contratación .....	122
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>125</b>
<b>LAS MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL .....</b>	<b>125</b>
<b>Desarrollo legal .....</b>	<b>126</b>
<b>Declaración Unilateral del Incumplimiento .....</b>	<b>144</b>
<b>Desarrollo Jurisprudencial .....</b>	<b>147</b>
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>158</b>
<b>CONCILIACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL .....</b>	<b>158</b>
<b>ARBITRAJE .....</b>	<b>158</b>
<b>AMIGABLE COMPOSICIÓN .....</b>	<b>160</b>
<b>MEDIACIÓN .....</b>	<b>161</b>
<b>ARREGLO DIRECTO .....</b>	<b>161</b>
<b>CONCILIACIÓN .....</b>	<b>162</b>
<b>Ventajas de la Conciliación .....</b>	<b>163</b>
<b>Clases de Conciliación .....</b>	<b>165</b>
<b>CONCILIACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL .....</b>	<b>165</b>
<b>Principio de Proporcionalidad .....</b>	<b>169</b>
<b>Conclusión .....</b>	<b>173</b>
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>174</b>
<b>EL INCUMPLIMIENTO Y LAS PÓLIZAS DE SEGUROS EN EL CONTRATO ESTATAL .....</b>	<b>174</b>
<b>¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador? .....</b>	<b>175</b>
<b>Suficiencia de la Garantía .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>Suficiencia de la Garantía en cuanto a la Cláusula Penal y las Multas .....</b>	<b>176</b>
<b>De la declaratoria del incumplimiento del contrato como sinónimo de siniestro .....</b>	<b>178</b>
<b>Cobro de la Póliza .....</b>	<b>179</b>
<b>¿Qué procedimiento debe seguirse para hacer efectivo el pago por parte del Asegurador? .....</b>	<b>180</b>
<b>¿Qué ocurre si para el momento en que queda en firme la declaratoria del incumplimiento, la vigencia de la póliza ha expirado? .....</b>	<b>180</b>

BIBLIOGRAFÍA .....182

## PRESENTACIÓN

El presente libro busca determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal y las multas contractuales que se estipulen en un contrato estatal, regido por la normatividad actual (Ley 80/93, 1150/07 y 1474/11). Teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes donde ambas se encuentran obligadas recíprocamente, se establecen sanciones pecuniarias en el caso de presentarse un incumplimiento por parte del contratista, o dar lugar a una indemnización por romperse el equilibrio económico que debe preservar siempre el contrato.

Se precisa que la cláusula penal y las multas contractuales se han constituido como cláusulas del derecho común y convocarlas en un contrato no resulta obligatorio en el actual sistema; si se presentará la imposición por parte de la administración pública, esta conducta violaría el principio de legalidad y por tal motivo, conllevaría a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Contrario a lo anterior, a través de la jurisprudencia, ley y doctrina se evidencian las prerrogativas que se constituyen a favor de la administración pública, tales como la aplicación directa de la cláusula penal y las multas sin la obligación de acudir ante un juez para que declare el incumplimiento y partir de ahí para poder hacerse efectivo el cobro sancionatorio.

## INTRODUCCIÓN

Desde la génesis de la teoría de los contratos administrativos, obra de los teóricos franceses e italianos de finales del siglo XIX y principios del XX, el concepto de las sanciones y las multas en los contratos del Estado aparece como un elemento integrador entre la teoría del Estado y la Administración Pública que desarrolla y dota a la administración de herramientas para el cumplimiento de la finalidad del Estado y de los servicios públicos. Sin embargo, este concepto jurídico de las sanciones y en especial la cláusula penal, y las multas, no siempre han tenido el mismo significado ni los mismos elementos constitutivos, no siempre han tenido el mismo fundamento ni las mismas formas de aplicación. Por el contrario, las figuras sancionatorias de las multas y la cláusula penal provienen del derecho privado y de allí su aplicación al derecho público y a los contratos administrativos.

El documento trata de dar a conocer la aplicación en Colombia de las cláusulas penales y las multas en la contratación estatal, por lo cual se inicia el desarrollo de este trabajo con la definición de contratos que son suscritos por el Estado, y a su vez los contratos de la administración, pasando por el análisis de los principios que confluyen y su respectiva evolución en el sistema jurídico colombiano, además se abordará desde los recientes cambios normativos y aportes del Consejo de Estado como Juez u órgano competente para conocer de las controversias contractuales en las cuales se encuentre involucrado el Estado.

El tema que se propuso en la presente investigación aunque tenía como enfoque principal la contratación estatal en cuanto al poder sancionador que tiene la entidad contratante en sede administrativa frente al incumplimiento del contrato; se entiende en perspectiva interna y específicamente en la imposición de las multas y la cláusula penal, estipuladas o no dentro del contrato estatal y el derecho de la Entidad Pública contratante para ejecutarlo y el control jurisdiccional sobre estos actos administrativos; también se dio una mirada a la génesis de las figuras, como ya se mencionó, a su empleo y desarrollo en el ámbito de lo privado.

Ello implica la revisión de las normas jurídicas que regulan la contratación estatal y de manera tangencial la reseña de casos prácticos relacionados con las sanciones susceptibles de ser impuestas por la administración como parte de un contrato. En consecuencia, el examen versará sobre el Estatuto de la contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007; se realizará un análisis de la normatividad del Código Civil y del Código de Comercio, en lo que respecta en las normas citadas en relación con la contratación Estatal; de igual forma se revisará este tema desde una perspectiva interna.

El tema a tratar, desborda interés en los sectores público y privado y, en especial, en el sector académico, debido a la creciente importancia que tiene la contratación estatal por la incapacidad del Estado de proveer por sí mismo los insumos y servicios necesarios para la satisfacción del interés general de la comunidad y la utilidad pública, por lo cual debe salir a contratar con el sector privado. Es así como se afirma que los integrantes del sector real de la economía, el gobierno, los inversionistas potenciales y los estudiosos de la doctrina y jurisprudencia administrativa son los usuarios inmediatos de este tipo de trabajos, con lo cual se fomenta el debate, la aclaración y unificación de conceptos.

En torno a este tema la posición del Consejo de Estado colombiano no ha sido uniforme con relación a la competencia de la entidad estatal para imponer directamente sanciones en los casos de incumplimiento del contratista particular, sin necesidad de recurrir al Juez Contencioso Administrativo, hechos que vienen siendo aclarados por el legislador sin que ello agote los interrogantes. Este aspecto lleva a revisar en detalle la normatividad aplicable a los contratos estatales y a tomar una posición frente a tal dualidad, logrando así enriquecer la doctrina al respecto.

Reiteramos la importancia del tema objeto de la presente obra, la cual, aunque hizo uso de la costumbre mercantil y la jurisprudencia, también intentó una investigación bibliográfica, actualizándola con los criterios y la opinión de los directamente involucrados.

## LIBRO I

### DESARROLLO CONCEPTUAL DEL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN, LAS CLÁUSULAS PENALES Y LAS MULTAS

#### CAPÍTULO I

#### NOCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS POTESTADES SANCIONATORIAS DEL ESTADO

Para iniciar, hay que considerar que tanto la cláusula penal y la multa en los contratos provienen del Derecho Privado, son figuras que vienen siendo utilizadas en el Derecho de la contratación estatal, pero con unos significados y aplicaciones diferentes, por lo cual resulta relevante establecer la noción que se tiene de la Contratación Estatal. El concepto de la contratación estatal en Colombia como tal, es relativamente nuevo, pues existía la tendencia a considerar los contratos de la administración como contratos de derecho privado. Es así como el ordinal 1° del artículo 73 de la Ley 167 de 1941, antiguo Código Contencioso Administrativo, establecía que la competencia para decidir sobre los contratos de la administración le correspondía a la jurisdicción ordinaria.

La doctrina y la jurisprudencia de la época con apoyo de las ideas administrativistas europeas, especialmente de Francia, reiteraban la necesidad de que la administración colombiana debía tener una órbita jurídica propia tanto para celebrar, como para resolver los diversos desacuerdos que se pudieran presentar con sus contratos. Pues desde ningún punto de vista era lógico que se manejara el mismo nivel de los contratos Estatales, pero incorporando a éstos cláusulas exorbitantes como lo es la cláusula de caducidad, contemplada en el artículo 254 del Código de 1941 ya citado.

Según

Según Duguit (1935), los contratos de la Administración se encuentran los adscritos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de donde se deriva que su regulación es objeto del derecho administrativo y no del derecho civil; éstos últimos son los denominados contratos

administrativos, por otro lado el derecho francés, ha establecido que una parte de los contratos de la Administración se consideran privados y su conocimiento se encuentra en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria. En cambio, en el sistema jurídico colombiano, tenemos los contratos estatales sometidos al derecho privado (*propio de empresas de servicios públicos domiciliarios con participación accionaria mayoritaria por parte del Municipio o Entidades públicas*) y contratos estatales sometidos al derecho público (*entidades públicas sometidas a la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, como los Municipios, Ministerios y el grueso de las Entidades del Estado*), en el caso en concreto, nos referiremos principalmente a los del sector público, pero anunciaremos algunos aspectos de los contratos estatales del sector privado.

Tenemos que, el derecho administrativo y por ende la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los integran los actos dictados imperativamente por la administración, pero en la medida en que esta prescinde de su competencia y en el momento en que se somete a los modos de gestión del derecho privado, es éste quien rige su actuación y por ende opera la Jurisdicción Ordinaria.

Para RAFAEL BIELSA<sup>1</sup> *‘La convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público es un contrato de derecho público, de lo que resulta que el contrato administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o Jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública.* (Bielsa, 1987).

### **Origen y Evolución de los contratos administrativos**

Históricamente, la Administración Pública funciona más bien como un aparato meramente represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a las normas jurídicas en su funcionamiento.

A raíz de la Revolución Francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental:

---

<sup>1</sup> Es abogado, político, escritor y poeta argentino. Reconocido por ser el autor de obras relacionadas con la política y las leyes, entre las que destacan: *Los conceptos jurídicos y su terminología* (1987), *Transformación del derecho en justicia, ideas para una reforma pendiente* (1993), *Sombras nada más* (2000), *¿Qué son las asambleas populares?* (2002).

la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas.

Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación a la Administración.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho administrativo, en cuanto Derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares.

En aquellos primeros momentos del Derecho administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad.

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.

El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

Entrado el siglo XX, *'Se considera que los contratos administrativos deben regirse por el Derecho Administrativo dado el criterio material del servicio público, es la Escuela de Burdeos<sup>2</sup> quien alienta dicha teoría, y de igual forma iniciada por el Consejo de Estado Francés, como el real precursor de esta figura con el denominado Arret Terrier del 6 de febrero de 1903, el cual establece que todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, en el cual actúe la administración por vía de contrato o por vía de autoridad constituye una operación administrativa que le corresponde a la jurisdicción administrativa como lo indican.* (Gil & Barajas , 2008).

---

<sup>2</sup> El concepto de servicio público tiene un origen histórico e, incluso, geográfico muy concreto. La noción surge así en la Francia de la transición del siglo XIX al XX, muy en particular de la mano de los autores de la denominada **Escuela de Burdeos**. En la evolución de su elaboración doctrinal, pueden distinguirse dos etapas que, a su vez, han influido en la doble conceptualización con la que principalmente se ha empleado el término con posterioridad: a) por un lado, una concepción amplia, omnicompreensiva, manejada por el creador de la Escuela aludida, LEÓN DUGUIT (1859-1928), quien desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como «servicio público». Como se puede comprender, se trata de una concepción más filosófica que jurídica que, hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad; b) por otro lado, una noción más estricta que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JÈZE, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definirse como «aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público».

(Enciclopedia Jurídica <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/servicio-publico/servicio-publico.htm>)

Encontramos a LÉON DUGUIT<sup>3</sup> como fundador de la Escuela del Servicio Público, quien afirma en su momento que, ‘*El contrato es una institución jurídica general que tiene siempre los mismos caracteres y produce los mismos efectos, cualquiera que sea el tribunal competente aun en el caso que la vinculación a un servicio público otorgue competencia a la jurisdicción administrativa.*’

Es decir que, la contratación pública o estatal, se define como: La actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés e-government procurement que a su vez tiene como sigla eGP. (R., 2004).

Como representante de la Escuela de Burdeos y creador de la teoría del contrato administrativo, GASTÓN JÉZE:<sup>4</sup> *Considera que el Derecho Administrativo es un Derecho especial de los servicios públicos, constituido por reglas exorbitantes del derecho común impuestas para el desarrollo de los mismos, y de igual forma plantea que los Tribunales Administrativos conocen de los contratos administrativos por tratarse de un régimen especial (Régimen Público de los Servicios Públicos).*

---

<sup>3</sup> Reconocido Jurista francés; su trabajo jurídico se caracteriza por su establecimiento de la noción de servicio público como fundamento y límite del Estado. Algunas de sus obras más importantes son *Traité du Droit Constitutionnel* (5 volúmenes, 1911), *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoleon* (1912), *Les Transformations Générales du Droit Public* (1913), *Le Droit Social, le Droit Individuel et les Transformations de l'Etat* (1922), *Le Pragmatisme Juridique* (1923), *Lecciones de Derecho Público General* (1926). *L'État, le droit objectif et la loi positive. L'État les gouvernants et les agents. Souveraineté et liberté* (1921). *Les transformations du droit public.*

<sup>4</sup> Activista francés académico, humanitario y de derechos humanos. Profesor de Derecho Público, presidente del Instituto de Derecho Internacional, fundador y director de la Revista de Ciencias y de la legislación financiera (de 1903) Director de la Revista de Derecho Público (1904 a 1953). Él contribuyó a la evolución del pensamiento de la noción de "poder en la esfera pública" a la idea de "servicio público". Sus obras más destacadas son: *Cours de droit public*, un vol. par année, Giard puis LGDJ, de 1913 jusqu'en 1936; *Les principes généraux du droit administratif* (3 volumes): *La technique juridique du droit public français* (vol. 1); *La notion de service public* (vol. 2), *L'entrée au service public: le statut des agents publics* (vol. 3), rééd. Dalloz, 2004 (vol. 2 et 3) et 2005 (vol. 1); *Théorie générale des contrats de l'administration* (3 volumes), éd. Giard, 1934 (vol. 4) et LGDJ, 1936 (vol. 5 et 6).

Nótese como convergencia entre los exponentes (DUGUIT y JÉZE), que por contener los contratos administrativos a los servicios públicos un tratamiento especial, en cuanto al régimen (público), y las necesidades de *le service publique*, conllevan a que contengan facultades extraordinarias por las Entidades Públicas Contratantes, entre ellas las sanciones permitidas en los contratos como la caducidad, la cláusula penal, las multas y las formas de ejecutar sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Estos hechos no deben verse como un vestigio del *hecho del príncipe*; se entiende como rompimiento del equilibrio financiero del contrato y la responsabilidad del Estado por un enriquecimiento sin justa causa como principio de justicia, sino, en primer momento como la *potestas variandi* y *el imperium* o sea como la potestad modificadora que tiene la Entidad Pública contratante por la capacidad gestora que representa, y en segundo momento, como actos o hechos particulares de la administración que se relacionan con el cumplimiento del contrato.

Se tiene así que en los contratos administrativos a diferencia de los civiles, las partes se reconocen desiguales; una de ellas representa el interés general (servicio público) la cual se encuentra obligada no solo a cumplir su obligación como se realizaría en un contrato entre particulares, sino por el contrario, estará obligado a realizar lo necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio; por otro lado la Administración estará igualmente obligada más allá de los límites establecidos en el derecho común, lo estará como es el caso de indemnizar al contratista en caso de que la ampliación de sus obligaciones cause un perjuicio anormal no previsto al momento de contratar.

La jurisprudencia francesa actual acepta la existencia de contratos administrativos que son aquellos en los cuales están presentes cláusulas o contenidos contractuales de esa naturaleza no explicables desde el derecho común de obligaciones, a falta de texto expreso o declaración de las partes, esto en razón de su vinculación a un servicio público. Se enfrentan a un tratamiento diferente en virtud de las prerrogativas administrativas que se consideran implícitas en los mismos y por ende se someten las controversias a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado, por medio de sentencia con radicado No. 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052), realizó una distinción entre un acto administrativo y el contrato estatal, de la siguiente forma:

*“ Aunque resulta sugestivo el argumento según el cual el contrato puede ser definido como un acto jurídico de la administración y, por lo mismo, este resulta comprensivo de todos los actos jurídicos de la Administración incluidos los contratos, la verdad es que no es fácil admitir que el contrato sea un acto administrativo bilateral, toda vez que la existencia de ésta última modalidad es puesta en duda por un sector muy importante de la doctrina como que el acto administrativo es, por antonomasia, una manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la Administración, en cumplimiento de una función administrativa, con el fin de producir efectos jurídicos, lo que no se opone a la participación en la producción del acto.”*

### **Contratación Estatal en Colombia y las facultades sancionadoras (cláusula penal pecuniaria, multas y caducidad).**

En Colombia se pueden identificar cinco épocas o etapas de la contratación administrativa y las sanciones en el Contrato;

- a. Republicana (1819 a 1886)
- b. Normativa (1886 a 1912)
- c. Liberalismo clásico (1912 a 1936)
- d. Intervencionismo o recepción teoría servicio público (1936 a 1990)
- e. Constitucionalista (1991 en adelante)

La primera etapa de tipo republicano (1819 a 1886) cuya principal característica es el tratamiento de la contratación pública en términos similares del derecho privado, sin lugar a prerrogativas por

parte del Estado Colombiano<sup>5</sup>; las controversias contractuales se resolvían a través del Juez Ordinario que apenas se conformaba en el siglo XIX para el tema de competencias (hecho del príncipe, irresponsabilidad del Estado en materia contractual y extracontractual).

La segunda etapa, denominada por la doctrina como normativa de 1886 a 1912, lapso en el cual se expiden normas que permiten dar prerrogativas al Estado en las cuales se denota un anhelo la escogencia objetiva del contratista y los mecanismos para el cumplimiento del contrato, pero que aún las controversias son dirimidas por el Juez Común (no existían competencias del Contencioso Administrativo o Especial).

La contratación administrativa en Colombia ha permanecido en constante evolución; para la época de la Ley 163 de 1896 no se hablaba aún de contratación administrativa, todo giraba en torno a la contratación entre particulares. Esta ley estableció la “Comisión Gubernamental” que fungía como asesora. De igual forma la Comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones, se encargaba de regular todo tipo de contratos en nombre del gobierno y tenía toda la gerencia sobre ellos cuando la cuantía excediera de \$3.000; estas decisiones eran susceptibles de recurso, pero si no eran apeladas, estaba presente el recurso de alzada ante el Consejo de Estado o consulta, quien era la autoridad encargada de definir si los contratos se habían realizado en debida forma. Es de mencionar que no señalaba la cláusula penal como mecanismo, sino que presuponía una facultad que no debía estar en el contrato.

Con posterioridad, en el año 1905, la Ley 4ª introdujo por primera vez los contratos de obra, que se habían escapado a la legislación anterior; de igual forma manejó el tema de la Cláusula penal pecuniaria<sup>6</sup> como un beneficio para el Estado, tema expuesto en la investigación realizada por Cuenca, Garcia y Martinez (2010).

---

<sup>5</sup> Entre tanto la Caducidad fue establecida con el código Fiscal de 1873, pero ésta no fue percibida en los fundamentos como la conocemos a partir de 1912.

<sup>6</sup> “La cláusula penal pecuniaria es resultado de la resolución de declaratoria de caducidad. No es una cláusula independiente, es una cláusula atada. Las multas a diferencia de la cláusula penal pecuniaria sancionan el incumplimiento parcial, por mora en las obligaciones, por cumplimiento deficiente; pero, eso se hace es en la ejecución del contrato. La cláusula penal pecuniaria solamente se aplica en la terminación anormal del contrato cuando es necesario decretar la caducidad administrativa”. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de

La Ley 53 de 1909 autorizó la inclusión de la denominada cláusula penal ante el incumplimiento del contratista y la declaratoria de caducidad por el incumplimiento del contrato, concepción que no ha sido la misma a través del tiempo; por un lado, se encuentra la versión de esa época; otra, la establecida en el Decreto 150 del año 1976, en el año 1983 la del decreto 222 y otra muy distinta es la versión que hoy día tiene la ley y el derecho en torno a la caducidad<sup>7</sup>.

La tercera época (1912 a 1936) denominada del liberalismo clásico que pretendió ampliar las libertades contractuales, pero protegiendo los intereses del Estado (se hizo extensivo con las leyes 63 de 1921 y 106 de 1931 la caducidad, cláusula penal pecuniaria a contratos diferentes a los de obra como suministros), pero no se dio un alcance normativo para el contractualismo que se expresó en las normas citadas, no hubo un juez especializado del contrato administrativo; por el contrario se dejó en la Corte Suprema el conocimiento para dirimir los conflictos contractuales que se resolvían con el Código civil colombiano. Para algunos tratadistas esta fue la primera etapa en la contratación estatal, como también la primera vez que se habló en el país de licitación y se dieron algunas definiciones, pero sin desarrollo normativo.

Con posterioridad, diferentes disposiciones como el Código Fiscal de 1912 que regía los contratos administrativos, fue el encargado de establecer la figura denominada “Licitación” y lo hizo con el ánimo de aplicarlo al contrato de Obras Públicas.

De igual forma se encuentran las leyes 110 de 1912, Ley 61 de 1921, Ley 106 de 1931, Ley 167 de 1941, y el Decreto Ley 528 de 1964 que se encargó de establecer la competencia de la jurisdicción contenciosa para los contratos administrativos; la Ley 4 de 1964 y la Ley 36 de 1966 reglamentaban algunos trámites contractuales dirigidos al contrato de obras públicas.

---

noviembre 20 de 2008. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031).

<sup>7</sup> “La Caducidad es una potestad excepcional del Estado de carácter unilateral que le permite al Estado utilizarla cuando el Contratista le incumple pero de una manera notoria, porque los incumplimientos parciales que son preventivos se sancionan de otra manera a través de las multas. Aquí es el incumplimiento sobre el cual ya no hay nada que hacer, cuando es un hecho notorio.” Consejo de Estado, consultar la sentencia de noviembre 20 de 2008. Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031).

La cuarta etapa (1936-1952), de la recepción de la teoría del servicio público francés, que tuvo como principal característica la intervención del Estado, aparecen normas especiales de derecho público como el Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941, vigente hasta 1984 cuando se expidió el decreto 01 de 1984), y que se reconoce un juez que resuelve los conflictos contractuales del Estado (contratos administrativos) y sus asociados, aunque en cabeza de la Corte Suprema de Justicia; desde esta fase, la caducidad y la cláusula penal se relacionan, como consecuencia una de la otra; por ello se estipuló como cláusula de obligatoria estipulación la caducidad en los contratos de suministros, obras y consultorías, o sea, se ordenó con carácter obligatorio la cláusula de caducidad dentro de su disposición; en definitiva en estos contratos, puesto que su ausencia podía suponer la no aplicación y prerrogativas de la administración pública, apartándose de la igualdad estipulada en el código civil artículo 1602 (véase artículos 54 y 254 de la ley 167 de 1941).

Coexistente con la aparición de la teoría del Servicio público, fue expedida la Ley 167 de 1941, que corresponde al "Código Contencioso Administrativo" el cual tuvo vigencia hasta el año de 1984, cuando se expidió el Decreto 01 de 1984.

Dos normas importantes para destacar de esa ley son:

- El art. 73 Ley 167 de 1941, contemplaba que la Corte Suprema de Justicia tiene el conocimiento de las controversias en materia de contratos administrativos.
- El Artículo 254 Ley 167 de 1941, que fue el motivo de la controversia, impuso o le atribuyó con carácter obligatorio a las instituciones públicas la estipulación forzosa de la Cláusula de Caducidad en los siguientes contratos: obras públicas; prestación de servicios; suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos. La controversia se concretaba al artículo 254 porque se salía del esquema de igualdad de las partes que se pregona en el derecho civil en el artículo 1602.

La quinta etapa corresponde al esplendor de la jurisdicción contenciosa administrativa (1953 a 1990), cuando se consolida el juez especial de lo administrativo en Colombia y se delimitan las

competencias y negocios que conoce el Consejo de Estado colombiano, y se determinó que el juez exclusivo que dirime los conflictos de la contratación administrativa (decreto 528 de 1954); para esta fase se propende por unificación de criterios y principios para la contratación pública, (decreto 351 de 1955) se reglamenta sobre los contratos interadministrativos, sobre las garantías en los contratos, especialmente de las cláusulas de cumplimiento y penales pecuniarias, la aprobación de las pólizas por parte de la Contraloría y en materia sancionatoria la caducidad, y a partir del decreto 528 de 1964 las indemnizaciones y perjuicios, conociendo sólo el juez administrativo<sup>8</sup>, (anterior al decreto conocía de ello tanto la jurisdicción ordinaria como la contenciosa)<sup>9</sup>

Para el año de 1955 dos normas importantes, el Decreto 351 que se encargó se establecer el primer "Estatuto Nacional de Compras" solucionando así algunas controversias que se venían presentando en relación a las compras por parte del Estado, se estableció el Comité de Compras y un régimen de competencias para establecer cuantías para la compras y suministros. La otra norma que surgió en ese año fue el Decreto 1050, que se considera el primer estatuto de empréstito o de operaciones de crédito; dentro de los temas que trató, se establecía una noción de lo que era una operación de crédito público interno, empréstito, procedimientos, requisitos y se trató el tema de la Carta de Crédito.

El Decreto legislativo 550 de 1960 estableció el tema de los contratos interadministrativos, estableciendo que debían estar dentro de la materia de contratación civil, pero que las cuestiones litigiosas las solucionaba la jurisdicción contenciosa por el interés público que persiguen.

Con el Decreto 528 de 1964 en los artículos 30 y 32 se le adjudicó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer sobre las controversias relacionadas con la contratación administrativa, es decir, los contratos celebrados con las entidades públicas. Como se puede observar, tácitamente se acepta la existencia de los contratos administrativos. Tal idea se

---

<sup>8</sup> Véase Sentencia Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo expediente 10988 de 1983.

<sup>9</sup> Reglamentación decreto 518 de 1965 y leyes 4 de 1964 y 36 de 1966.

profundiza con el artículo 36 del Decreto 3130 de 1968 que se refería a la contratación con entidades descentralizadas.

En sentencia del (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2000) le atribuye a la Jurisdicción Contenciosa el conocer de las controversias que se susciten de los contratos administrativos desde su legalidad hasta los respectivos perjuicios que se han podido presentar con ocasión del desarrollo del mismo; en el mismo sentido atribuyó el conocimiento de las discusiones por responsabilidad civil extracontractual que con anterioridad se encontraban en cabeza de la justicia ordinaria. En este decreto se atribuyó la competencia para los procesos agrarios y de extinción de dominio, adjudicación de bienes baldíos, garantías procesales, incidentes procesales contra los juicios de ejecuciones fiscales, impedimentos, recusaciones, nulidades procesales, así mismo toda la problemática petrolera y minera.

Para el mismo año la Ley 4ª de 1964, Decreto reglamentario 518 de 1965 y la Ley 36 de 1966 *“Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, contratos y concursos, y se dictan otras disposiciones.”* Se encargaron de establecer una definición al contrato en mención y de establecer tres elementos: trabajo público, como base fundamental, un bien inmueble y el interés general para la realización de una obra.

Con la Ley 28 de 1974 el legislador le otorga al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de contratos, a fin de conformar un estatuto completo y coordinado. De tal manera se dicta el Decreto-Ley 1670 de 1975 que se considera el primer estatuto colombiano sobre contratación de la administración, en el cual se denota un claro deseo legalista de llevar a la norma todo el tema de contratación.

Ya para enero de 1976 se dictó el Decreto 150 de 1976 (deroga en su totalidad el decreto 1670 de 1975), norma que por primera vez se encargó de establecer y regular en su totalidad la materia y se convirtió en el primer estatuto coherente de contratación administrativa que existió en Colombia. Esta normatividad no evitó que el sistema judicial siguiera teniendo en cuenta la presencia de cláusulas exorbitantes dentro del contrato para determinar si éste era administrativo, o si pertenecía a los llamados contratos de derecho privado de la administración. Se configura la contratación estatal como un conjunto de normas y principios, conformando un estatuto

contractual. Se considera el primer decreto en marcar el sistema evolutivo de la Contratación Administrativa en Colombia, las demás disposiciones utilizadas antes de 1976 provenían de resoluciones orgánicas de la Contraloría General de la República, las cuales se puede precisar sirvieron de base para delinear la estructura legislativa del contrato administrativo.

Posteriormente se realizaron una serie de estudios entre los años 1978 y 1979 en procura de modificar la norma existente, pero dicho propósito se vio truncado por el cambio de gobierno, lo que impidió que los estudios recogidos se tuvieran en cuenta. El año 1982 con la expedición de la Ley 19, el Congreso otorgó nuevas facultades extraordinarias al ejecutivo, el Presidente de la Republica Dr, Belisario Betancur Cuartas; con fundamento en esas facultades se creó el Decreto - Ley 222 de 1983, a fin de que reformara el régimen de contratación administrativa según lo estudiado por Cuenca, Garcia y Martinez (2010b).

El Decreto-Ley 222 de 1982 a pesar de haber reproducido varios aspectos de la normatividad precedente, introdujo grandes avances en la contratación administrativa, y ayudó a tener claridad sobre el concepto del contrato administrativo, dando las características que lo hacen diferente de los contratos de derecho privado, aplicando de esta forma el criterio legalista al concepto de contrato administrativo. En el artículo 16 determina taxativamente cuáles contratos específicamente lo son, y seguido a esto, determinaba que todo contrato celebrado por las entidades públicas al que la ley no le haya otorgado el rango de contrato administrativo, serían contratos de derecho privado de la administración, a menos que la ley especial dijera lo contrario.

### **Contrato Estatal antes de la Ley 80 de 1993. Decreto-Ley 222 de 1983.**

Con anterioridad a la Ley 80 encontramos el decreto - Ley 222 de 1983 que se encargó de introducir importantes innovaciones y durante muchos años se consideró como el régimen vigente para la Contratación Estatal aun cuando fue cuestionado desde el momento mismo de su expedición, por la complejidad de los trámites, el fraccionamiento de los procedimientos, la rigidez de la normatividad; es por eso que se requiere de una simplificación, procedimientos más claros, principios básicos que informen la selección del contratista.

En su momento estableció una distinción entre contratos privados de la administración regulados por el derecho privado y los contratos administrativos regulados por el derecho administrativo, pero con la falencia de que los dos contratos tenían una regulación meramente administrativa. Establece igualmente potestades excepcionales a favor de la administración como lo son la terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato por parte de la misma.

Dentro de las potestades excepcionales mencionadas con anterioridad encontramos la modificación unilateral la cual procede para aquellas modificaciones para evitar una grave afectación, dejando sin efecto y de una vez por todas, alteraciones al contrato como tal, ya que debe mantenerse adecuado a las finalidades de orden público que el Estado ha establecido al momento de contratar y por la misma razón, al surgir circunstancias imprevistas, no pueden estar contenidas en el pliego, de lo contrario deberían incluirse en el contrato guardando al principio de buena fe.

En sus inicios pretendía asegurar la moralidad, eficacia y responsabilidad en la contratación estatal, pero el excesivo reglamentarismo impidió alcanzar sus codiciados objetivos.

Se puede precisar que desde el mismo momento de su expedición se crearon corrientes para lograr modificar el estatuto, cosa que no sucedió. Estas manifestaciones ocurrieron porque la norma se dictó con un propósito a corto plazo y no como debió ser, con un criterio amplio que permitiera el desarrollo general del país. Otra razón hace referencia a qué estatuto proviene casi en forma exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, convirtiendo así el contrato en un contrato de obras públicas, dejando de lado las demás formas de contratación estatal.

La disposición en desarrollo presentó algunos vicios que no hacían posible su verdadera actualización y modificación, dentro de los cuales se encuentra el excesivo formalismo y ritualidades, diversas instancias de revisión, trámite, control, firmas, autorización y en sí la desnaturalización del contrato; como consecuencia de lo anterior surgieron diferentes regímenes excepcionales para diversas entidades y personas jurídicas que en su momento tenían un régimen propio.

Si bien se introdujeron innovaciones que venían siendo reconocidas a nivel jurisprudencial, no tenían apoyo legislativo; lo cierto es que su incoherencia conceptual dejó muchas de las figuras creadas, sin aplicación práctica, determinación que hizo la Revista de Derecho (1992). Por otra parte, muchos aspectos se trataron en forma contradictoria, y otros han tenido una aplicación distinta, en la práctica a la letra misma de la norma.

Dentro de sus características principales este estatuto creó el contrato de consultoría derivado del contrato de obras públicas. Estableció el procedimiento en materia de contratos para las Fuerzas Armadas; de igual forma para las entidades descentralizadas estableció un procedimiento también para las superintendencias, entre muchas otras.

Para el análisis de las multas y cláusulas penales estas han venido siendo ubicadas como parte del contrato bien sea que estén escritas explícitamente o bien sea que tácitamente se entiendan, por lo que el Decreto 222 de 1983 señaló los siguientes clausulados y conceptos modificatorios dentro del contrato, novedosos para la época, de los cuales es importante resaltar:

- a. **Cláusulas Obligatorias** de los contratos administrativos (siendo consagradas especialmente en el artículo 60 del Decreto-Ley 222 de 1983)<sup>10</sup>, la relativa a las multas señalando en su artículo 71, Decreto-Ley 222 de 1983 se refiere de la siguiente manera:

“En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial<sup>11</sup>, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

---

<sup>10</sup> D.222 de 1983, artículo 60: “Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a la 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...” Es importante destacar que dichas cláusulas solo podían incluirse en los contratos administrativos que eran los especialmente indicados en el artículo 16 de ese ordenamiento y no en los privados de la administración que eran, de forma residual, los demás.

<sup>11</sup> El Consejo de Estado mediante sentencia de octubre 1º de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, había aclarado la diferencia entre multa y cláusula Penal, a señalar: “No puede olvidarse que los supuestos del incumplimiento son diferentes, ya que uno es el que se exige para las multas (parcial) y otro que permite hacer exigible la cláusula penal que tiene que ser, en todos los eventos, definitivo...”

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto...”<sup>12</sup>

Se trataba entonces de una facultad excepcional o exorbitante autorizada expresamente por la ley, sujeta en cuanto a su ejercicio, a las normas del Derecho Administrativo.

**b. Ecuación Financiera del Contrato:** Ya se señaló anteriormente, que el *hecho del príncipe*, como uno de los motivos que constituyen el rompimiento del equilibrio financiero y por ello para poder hablar de equilibrio en una relación contractual debe lograrse establecer el interés que motiva a cada una de las partes:

- Estado: desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó, fundamentalmente la satisfacción del interés público
- Particular: obtener un lucro personal.

Por lo anterior el contrato debe cumplir las expectativas de las dos partes, estatuyéndose así la conservación de la ecuación financiera del contrato, partiendo de la fecha en que se configura la relación, con lo cual se pretende que se cumplan las prestaciones establecidas para cada una de las partes durante toda la vigencia de la misma, con el propósito de alcanzar la finalidad pactada.

En el eventual caso en que variaran las condiciones económicas pactadas inicialmente por hechos que no son imputables a las partes, es allí donde debe repararse la ecuación financiera puesto que se ha visto quebrantada.

Se presentan así el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en el ejercicio de la potestad de dirección y control, y factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio que traen como consecuencia hechos determinantes para que se configure el rompimiento de la ecuación financiera, aunque sin imposibilitar la ejecución del objeto del contrato; sí se configura

---

<sup>12</sup> En el artículo 64 Decreto-Ley 222 de 1983 de ese mismo ordenamiento, relativo al tema de la caducidad, establecía que debía expedirse mediante resolución motivada, la cual era susceptible de recurso de reposición, en un término de diez días hábiles siguientes a su notificación.

más exorbitante para la parte afectada, perjudicando el equilibrio económico, tal como lo establece la sentencia del (Consejo de Estado , 2014), en la que se indica el deber de pagar una indemnización.

En virtud del principio “rebus sic stantibus”, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5o, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.

Aun cuando esta disposición normativa no reguló ampliamente lo relativo a la ecuación financiera del contrato estatal, sí contiene algunas disposiciones, tales como los artículos 19 y 20, que establecen los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, para la administración, cuyo ejercicio se condicionó a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole:

- En el primer caso, el derecho a una indemnización y,
- En el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

Se sujetó la modificación unilateral del contrato a la observancia, entre otras, de las siguientes reglas: “...c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista. d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes. e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación”.

De igual manera, determinó la posibilidad para el contratista de no continuar con la ejecución del contrato, cuando la modificación unilateral variara, en más del 20% el precio inicialmente pactado. Se incluyeron así disposiciones orientadas a la conservación de la ecuación financiera del contrato en beneficio de las partes contratantes y particularmente frente a actuaciones legítimas de la administración. De igual forma previeron eventos determinados por hechos exógenos a las partes al momento de regular la revisión de precios para los contratos de obra pública, consultoría y suministro. (arts. 86, 113).

El Consejo de Estado colombiano en sentencia del 26 de febrero de 2004 (Sentencia , 2004), precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado. La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron.

Por lo anterior no es considerable que el contratista esté eximido de responder por aquellos riesgos que asumió para tratar de incorporar o excluir derechos u obligaciones originadas por las partes contratantes.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública.” pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebración del contrato predeterminado. En éste aspecto señala el Consejo de Estado Colombiano que:

*Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, solo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al área anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. (Sentencia , 2004)*

**Contrato Adicional:** útil para incluir en los contratos, obras o bienes nuevos, que no fueron contratados inicialmente o que fueron contratados deficientemente, pero el presente estatuto en su

artículo 58, indicó que este tipo de contrato adicional se permitía para aquellas modificaciones de precio y plazo del contrato principal.

Según la ley y la postura del Consejo de Estado para la fecha, la adición solo se produce para variar el precio inicialmente pactado y cuando se trata de incluir suministros adicionales o nuevas obras debe acudir a un nuevo contrato.

Esta postura se recalca en el expediente 3.886 del 6 de agosto de 1987 proferida por el Consejo de Estado, en la cual establece:

*“En cambio, si de lo que se trata es de la realización de mayor “cantidad de obra” de la presupuestada, precisamente para no modificar el objeto del contrato, no se requiere, no cabe el “contrato adicional”; basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto. Y es que así resulta lógica la interpretación de los artículos 50 y 86 del estatuto contractual; el “valor contenido” que se modifica mediante el “contrato adicional”, eso es global acordado o el precio básico unitario asignado a cada “ítem”; no el que resulta de la mayor cantidad de obra comprendida dentro del objeto del recurso.”*

Finalmente podría indicarse casi con toda precisión que la presente ley trata solo aquellos casos en que el Estado juega el papel de contratante, pero le cuesta adaptarse a situaciones en que debe acudir a contratar servicios, estudios, entre otros. Es así como disposiciones posteriores que reglamentaron la materia, generaron amplio traumatismo, puesto que no estaban diseñados para poder exigir que el Estado cumpliera sus prestaciones contractuales, cuando estas sean distintas a la de pagar un precio.

Ante la vigencia de la Nueva Constitución, que presenta planteamientos radicales respecto de la prestación de los servicios públicos, la responsabilidad del Estado, se expide con la Ley 80 de 1993.

## LA ETAPA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIALISTA

### El Contrato Estatal en la Ley 80 de 1993.

Después de intentar reformar, aparece la Ley 80 de 1993, nombrada Estatuto General de Contratación Administrativa, la cual anhela convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Aparece la concepción de una norma principialista, marcando claras diferencias con el decreto 222 de 1983, que si bien conllevaba aplicación de principios, cayó en el exceso de reglamentación; por tal y conforme a los parámetros constitucionales de 1991, el estatuto permite establecer los criterios generales de la contratación del Estado en una reglamentación para todo el territorio nacional y sin las distinciones de contratos administrativos y contratos particulares de la administración, por tanto abandonando la influencia española y francesa de momento.

El presente estatuto estableció un criterio para clasificar los contratos estatales, el cual ya no está dado por la confusa y dual clasificación que establecía el Decreto - Ley 222 de 1983, o por la existencia de potestades o Cláusulas excepcionales que en un gran porcentaje lo catalogaban como administrativo en oposición al contrato privado de la administración.<sup>13</sup>

Lo que en realidad determina que un contrato sea estatal, ya no es la existencia de potestades excepcionales o la denominación expresa de negocio público, sino la celebración de un acto jurídico por una entidad estatal destinataria del estatuto contractual, sobre la cual recaen facultades y deberes.

### Características del Contrato Estatal en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien para poder analizar en términos del nuevo estatuto, como ya lo habíamos mencionado, se caracteriza según Vanegas (2012), por señalar principios y reglas que guían el contrato, por ello para abordar las cláusulas del contrato y en especial, las multas y la penal pecuniaria es pertinente abordar ciertas características que a continuación relacionamos:

---

<sup>13</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (compilador). CONTRATACION ESTATAL. Legislación. Editorial: Universidad Externado de Colombia (Bogotá-Colombia). Fecha de Edición: Julio de 2010 3 ed. Pág. 1.019.

**I. BILATERALIDAD:** En esta etapa legal del contrato estatal toma suma importancia la bilateralidad, en la cual se parte de la base que la facultad y el deber conforman la obligación jurídica, puesto que no puede haber deberes que no aparejen su oposición de facultades; no puede haber facultades que no entrañen la contrapartida del deber; necesariamente, si existe un sujeto obligado, tiene que existir otro sujeto facultado que le pueda en algún momento exigir al obligado el cumplimiento del deber.

**Deberes y Derechos para la Entidad Estatal.** Se tiene que éstos se encuentran en relación directa con la consecución de los fines de la contratación, dentro de los cuales se encuentran los siguientes aspectos:

- Gestión para reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
- Repetición contra los servidores públicos, contratistas o terceros responsables, cuando se deban pagar indemnizaciones como consecuencia de la actividad contractual.
- Se adelantarán revisiones periódicas por lo menos cada seis meses durante la vigencia de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos se cumplan en las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas.
- Promoción de acciones de responsabilidad contra los contratistas y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.
- Exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por entidades estatales, se encuentren ajustadas a los requisitos mínimos previstos por las técnicas colombianas o bien las normas internacionales o extranjeras.
- Ejercer las acciones pertinentes para obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado, sin dejar a un lado el llamamiento en garantía.
- Ejecución idónea y oportuna del objeto contratado por parte del contratista y del garante.
- Ejercicio de cláusulas exorbitantes.
- Solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

- Adoptará las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso<sup>14</sup>, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios; en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.
- La administración actuará de tal modo que, por causas a ella imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

**Derechos y Deberes Jurídicos de los Contratistas.** Paralelo a los derechos y deberes de la entidad estatal, recíprocamente se encuentran los derechos y obligaciones de los contratistas, que, a su vez, se encuentran relacionados con los fines perseguidos por la contratación estatal<sup>15</sup> y que se pueden estandarizar en lo siguiente:

- Dentro de sus derechos está el recibir en forma oportuna la remuneración que se ha pactado y que esta no se altere o modifique durante la ejecución del contrato. En este sentido el artículo 19 del Decreto 2150 de 1995 a su vez fue modificado por el artículo 19 de la Ley 962 de 2005; complementan esta disposición en lo que respecta a las cuentas de cobro e indica que para el pago de las obligaciones contractuales, no se requerirá presentar cuenta

---

<sup>14</sup> Expresión derogada por el artículo 32 Ley 1150 de 2007.

<sup>15</sup> *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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

de cobro, solo bastará el documento que contenga la obligación acompañado de la manifestación de recibo a satisfacción de la obligación.

- De igual forma tendrá derecho a que la administración restablezca el equilibrio económico del contrato, para que no se presenten pérdidas por la ocurrencia de situaciones imprevistas que, por supuesto, no le sean imputables a los contratistas; en el eventual caso de que la administración sea quien rompa dicho equilibrio tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

En este sentido encontramos que el Consejo de Estado en (Consejo de Estado, 2003), estableció que:

*Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado. La Ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el Decreto Ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Allí se consagró el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración (art. 6º) así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación (art. 8); principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas. Sin embargo, no han sido estas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros*

*riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.*

Vale la pena resaltar que los contratos que celebra la administración pública pueden verse alterados durante su ejecución por las siguientes causas:

- ❖ Actos de la administración como Estado: se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por este, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.
  - ❖ Factores externos extraños a las partes: se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.
- El contratista colaborará para que el objeto del contrato se cumpla y bajo los mejores parámetros de calidad.
  - Obrará con la debida lealtad y buena fe y no accederá a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley y en el evento de ocurrir deberá informarlos tanto a las autoridades como a la entidad contratante so pena de que se declare la caducidad del contrato.
  - Tendrá derecho a acudir a las autoridades para obtener de ellas la protección de todos aquellos derechos derivados del contrato y la debida sanción en el caso que lo amerite.
  - La presente ley establece una restricción a las autoridades para que no condicionen la participación en licitaciones o concursos<sup>16</sup>, adjudicaciones, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de sumas adeudadas al contratista, renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de este.
  - Deberán responder por la calidad de los bienes y servicios que fueron contratados.

---

<sup>16</sup> Expresión derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

**II. ONEROSIDAD:** Esta característica se deriva de la esencia misma del contrato, puesto que las actividades que realiza el contratista lo son en contraprestación de una remuneración a cargo de la entidad estatal.

**III. SOLEMNE:** De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80, modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007, el contrato siempre debe celebrarse por escrito una vez se logre acordar el objeto y la contraprestación y como lo menciona el mismo artículo en un inciso posterior aun en situaciones de urgencia manifiesta podría suspenderse la suscripción del contrato escrito, pero más adelante indica igualmente que deberá dejarse una constancia escrita de dicha situación, por lo que se puede deducir que nunca se renuncia al principio de la solemnidad.

**IV. PRINCIPAL:** Según la teoría general, este tipo de contratos no requieren para su existencia de la celebración de otro contrato, esta característica se predica en materia de contratación pública y aun en la figura denominada licitación.

**V. NOMINADO:** Teniendo en cuenta lo establecido en el Estatuto Contractual Colombiano, es nominado por encontrarse genéricamente designado bajo la denominación “Contrato Estatal”.

### **Principios de la Contratación Estatal en la Ley 80 de 1993.**

La Ley 80 se caracteriza por ser una norma de principios que sirven para estructurar todo tipo de instituciones; se consideran fundamentales y sin los cuales el derecho y en este caso la contratación estatal, no tendrían fundamento.

La contratación Administrativa está estructurada con base en ciertos principios generales, como son la transparencia, economía y responsabilidad, que se encuentran enumerados en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley, concebidos como garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades.

Tanto el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y sus decretos reglamentarios, como los estatutos de contratación de entidades del Estado con régimen especial, contemplan una serie de mecanismos para garantizar la nitidez, claridad, de todo lo que encierra la actividad contractual del Estado, tomando las tres etapas precontractual, contractual y la postcontractual.

**I. TRANSPARENCIA:** Se considera el pilar de los principios que le siguen; en él se encuentran inmersos el principio de igualdad, imparcialidad, entre otros; se puede incluso precisar que una de las motivaciones principales de esta reforma es incluir de manera preponderante la transparencia en la actividad contractual; lo anterior con fundamento en dos actuaciones que permiten ver en forma clara lo mencionado: la primera de ellas se encuentra en la exposición de motivos de la presente ley en la cual se precisa que es menester vincular el concepto de transparencia y eficacia bajo los siguientes términos “ solo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más transparente”.

Este principio aplicado a la contratación, se considera el más claro ejemplo, debido a la forma en que se maneja, a los procedimientos de selección del contratista que deben estar definidos con anterioridad, en forma cierta y precisa; así todos los procesos complementarios.

La escogencia pública del contratista en esta ley se realiza por medio de licitación o concurso público, con las excepciones de menor cuantía, empréstitos, interadministrativos (excepción del contrato de seguro), la prestación de servicios profesionales o artísticos que requieran calidades especiales de determinadas personas, arrendamiento de bienes o adquisición de los mismos, declaratoria desierta, urgencia manifiesta, cuando las propuestas no se ajusten a lo establecido en el pliego de condiciones, cuando se trate de bienes y servicios para la seguridad nacional, en el evento de que no exista pluralidad de oferentes, y demás eventos consagrados en el artículo 24 de la ley en mención. Lo establecido con anterioridad fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Sobre este criterio el (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2001), ha manifestado:

*La gestión contractual de la administración pública regulada actualmente por la Ley 80 de 1993(para la época), debe cumplirse con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y a los postulados de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y con aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

El objeto de este principio es garantizar la igualdad de oportunidades en la celebración de los contratos, imparcialidad, bien sea en la licitación, concurso o contratación directa.

**I. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más *favorable*<sup>17</sup> a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

**II. PRINCIPIO DE ECONOMÍA:** Conforme a los aspectos generales de la contratación, se tiene que, según Calderón (s.f.), su desarrollo ha tenido muchas manifestaciones previstas en el artículo 25 de la Ley 80/93, por ejemplo, la supresión de trámites: se suprimieron muchos trámites que hacían dispendioso el proceso, en cuanto a intervención de organismos corporativos que ya no intervienen como lo hacían en la década del 83 al 93; ahora se limitan a autorizar y a ejercer su control político. Lo vemos también en el papeleo; ya no se exigen tantas copias. Lo vemos cuando se dosificaron todos los riesgos o amparos en un solo texto para evitarle al contratista tantos viajes a una compañía de seguros (póliza única); lo vemos con la fijación del silencio administrativo positivo que en materia de contratación tiene mucha aplicación, particularmente en las demandas, en las liquidaciones de los contratos (recordemos que la posición del silencio administrativo deviene del ejercicio del Derecho de Petición).

Una de las tantas manifestaciones del principio de la economía es la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales son utilizados con el objetivo de solucionar conflictos de forma amistosa, rápida, sencilla, además de ser eficiente y eficaz con todos los efectos plenos legales de una sentencia.

**III. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:** Tiene su esencia en el artículo 90 de la Constitución Política, pero independientemente del artículo 90, tenemos otros artículos

---

<sup>17</sup> Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato.

como son el 6º, el 110, el 124 de la Constitución. Los artículos 4º y 5º de la Ley 80/93, los cuales hablan de deberes y derechos; el incumplimiento de un deber, de un derecho, genera una responsabilidad.

El artículo 6º de la Constitución Política dice "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.". O sea que los funcionarios tienen dos causas de imputación: cuando desconocen la Constitución y cuando se extralimitan en el ejercicio de funciones.

Es así que en cuanto a la Responsabilidad Contractual se destaca la responsabilidad del resarcimiento que está prevista en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución cuando dice: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."* Es decir que la Responsabilidad Patrimonial, establece un nuevo factor de responsabilidad: el daño antijurídico. El artículo 90 de la Constitución trata de la responsabilidad punitiva "...en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste."

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual se ha fundamentado en teorías viejas y clásicas como la *"culpa in eligiendo"*; la *"culpa in vigilando"*, la *"Teoría de las cargas públicas"*, la teoría del riesgo creado; en la tesis organicista; en la "teoría de la falla en el servicio", la "teoría de la falta personal", son temas que no son descartables, los podemos utilizar por contera en algunas actuaciones, dependiendo del nexo causal producto de ese daño o perjuicio, que los podemos seguir utilizando; pero hoy día, la prevalencia de la propia responsabilidad, hay que demostrarle al Estado en materia de contratos que la actuación del funcionario fue antijurídica, para que el Estado pueda responder según lo dicho por Tamayo Jaramillo (1990). Entonces lo primero que tenemos que decantar es qué es el daño antijurídico. Daño antijurídico es lo que va contra el derecho. Dice el autor EDUARDO GARCÍA en su libro que:

*“El daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene por qué soportarlo cuando deviene de una acción del Estado”. Para explicarlo, dice que “Solamente puede soportar aquello que deviene de la ley, porque si no está definido por el legislador no será jurídico y trae un ejemplo como el caso de la pena de muerte; la calificación de la pena de muerte por las autoridades colombianas es antijurídica en el derecho, en cambio, en los Estados Unidos es jurídica; es esto más o menos lo que se vislumbra del daño antijurídico”.*

De todas maneras, hoy día, del daño antijurídico se puede decir que es el norte, es el punto referencial; es el marco conceptual para apoyarnos en la responsabilidad civil extracontractual. Simplemente decimos que el funcionario actuó en contravía del derecho y por ir contra derecho, causó un daño y, por consiguiente, debe responder.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 se aplica tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. La primera tiene su desarrollo en los artículos 4° y 5° y todo el capítulo 5° de la Ley 80/93.

Según Gomez Cardona (1995), del estudio de estas normas, llegamos a la conclusión de que existen cuatro tipos de responsabilidad en materia de contratos.

- La Responsabilidad Contractual.
- La Responsabilidad Penal.
- La Responsabilidad Civil.
- La Responsabilidad Disciplinaria.

**IV. ECUACIÓN FINANCIERA:** El legislador quiso resaltar uno de los deberes previstos en el artículo 4° y en el 5° de la Ley 80/93, porque es un deber del Estado (art. 4° numeral 8°) mantener las condiciones económicas del contrato y es un derecho que le asiste al contratista exigir el mantenimiento de las condiciones económicas. Cuando se hace un negocio jurídico con el Estado, el contratista de antemano sabe cuánto se va a ganar y el Estado acepta ese margen de utilidades y firma el contrato, pues es una ley para las partes y tiene que cumplirse en esas condiciones; dicho de otra manera, el contratista nunca puede ir a pérdida, tiene que tener siempre un margen de utilidad. Si por condiciones internas y/o externas se rompe esa ecuación financiera que significa

igualdad, entonces el Estado está en la obligación de restablecer ese rompimiento del esquema financiero. La ecuación financiera significa igualdad, balance, pero particularmente en los contratos de tracto sucesivo puede romperse ese esquema de igualdad derivado de muchas causas o motivos algunos externos; causas que aplicando la teoría de la imprevisión pueden ser algunas endógenas y otras exógenas que pueden romper el esquema de la igualdad económica del contrato.

Según el concepto de la teoría del equilibrio financiero o también denominado económico, el Consejo de Estado Colombiano lo ha definido:

*La ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes, se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio “pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.) ” (Consejo de Estado , 2014)*

Los mecanismos de restablecimiento de la ecuación financiera son:

- *El pago de intereses.* El numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80/93, dice que “se pactarán intereses moratorios. Se pactan de acuerdo con la ley; intereses corrientes durante los seis (6) meses a pesar de que hay jurisprudencia que a partir del sexto y séptimo mes se pueden pactar los de mora”. Pero, la norma dice que en caso de no pactar intereses se entenderán pactados (cláusula presunta): "Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado". Se entenderán pactados con base en el interés del derecho civil, que se toma sobre una regla de tres, es decir sobre el IPC (índice de precios al consumidor), establecidos por el DANE a 31 de diciembre, en la cifra proporcional correspondiente.

- *El presupuesto global.* Con el objetivo de que no fracasen los contratos, asignando una partida presupuestal superior al costo real.

- *El reajuste de precios.* Es el mecanismo de mantener la indexación o actualización de los precios.

IV. **SELECCIÓN OBJETIVA:** El objetivo del principio de selección objetiva es lograr la propuesta más favorable para el Estado. La forma de obtener la propuesta más favorable es sumar los factores de ponderación, los cuales son: la experiencia, el precio, el patrimonio, el plazo, además se aplica el principio del artículo 29 de la ley 80 de 1993

#### **Contrato Estatal en la Ley 1150 de 2007.**

Con la expedición de la Ley 1150 se adoptaron varios cambios relevantes en cuanto al sistema de Contratación Estatal, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- ❖ *Se eliminó la garantía de utilidad al contratista:* El Estado no tiene ya que asegurar la utilidad del contratista. Ella se convirtió en una mera expectativa y no en un derecho cierto.
- ❖ *Introduce conceptos nuevos:* Introduce el concepto de «acuerdo marco de precios», que es la metodología usada para la adquisición de bienes y servicios a precios estables y características y calidades similares y cada vez que se requiera un bien o servicio no será necesario un nuevo contrato para legalizar la adquisición. Por ello se dice que es un contrato virtual.
- ❖ *Distribución de los riesgos de la contratación:* Artículo 4° de la Ley 1150. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
  - Estimar los riesgos significa hacer un cálculo aproximado de su cuantificación;
  - Tipificar los riesgos consiste en identificarlos, estableciendo los elementos de su configuración.

- Asignar los riesgos consiste en determinar en cabeza de quién se radica su acaecimiento.
- ❖ *En cuanto al régimen de sanciones:* De conformidad con el Artículo 17 de la nueva Ley, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, tendrán, con apego al debido proceso, la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas, directamente, sin necesidad de acudir al juez; y podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Por debido proceso entiéndese, audiencia del contratista y procedimiento que garantice derecho de defensa. El decreto 734 de 2012 reglamenta lo concerniente a las garantías como las de cumplimiento, a través de pólizas o endoso o en dinero, que hacen referencia al cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, que cubrirá los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista y deberá comprender el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, amparo que será como mínimo, equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. Y con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual de liquidación y en caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.
- ❖ *En cuanto a la Liquidación del contrato:*
- De mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.
  - Dentro del término que acuerden las partes
  - En defecto de tal término, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del plazo de ejecución, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

## CAPÍTULO II

### TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Los contratos, según lo que se espera normalmente serán terminados por cumplimiento normal de los mismos siendo éste, el modo más natural de extinguir cualquier obligación como lo indica Parra Gutiérrez (1999).

El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este lo haya realizado acorde con los términos establecidos y con la totalidad de su objeto, a satisfacción de la administración; por consiguiente se exige por parte de la Administración un acto de recepción con las formalidades del caso, de la respectiva obra, bien o trabajo.

Ahora bien, siendo ésta la normalidad en la terminación de los contratos también existe la terminación anormal de los mismos, que se concreta en los puntos descritos a continuación, los cuales, a excepción del primero, están previstos por ley.

#### **Resciliación o Mutuo Disenso, Fundamento en la Voluntad Contractual.**

El contrato se origina mediante el acuerdo y es esta la forma como las partes, mediante su voluntad, pueden dar por terminado un contrato.

La resciliación es el mismo consentimiento mutuo que se da para extinguir un contrato.

Los efectos de la resciliación se concretan en que los actos y hechos producidos por el contrato no pueden sufrir ninguna alteración ya que la resciliación o mutuo disenso solo genera efectos para el futuro. Los deberes y obligaciones constituidos por medio del contrato persisten luego de darse la resciliación. La voluntad que tienen las partes contratantes no logra eliminar, por ejemplo, los derechos de terceros, pues estas partes no pueden verse afectadas por un acto acordado entre los contratantes.

## POR INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES

### **Por incumplimiento de la Administración.**

Es innegable que en diferentes circunstancias la administración pueda encontrarse frente a contratos de difícil cumplimiento y, por lo tanto, deba de incumplirlo viéndose igualmente el contratista en la misma situación y esto conlleva a la terminación del contrato.

El derecho privado establece respecto de los contratos bilaterales, que las obligaciones a cargo de uno de los contratantes son correlativas de las que están a cargo de la otra, y de ahí que se estime que una de ellas no puede exigirle al otro el cumplimiento del contrato si a su vez se encuentra incumpliendo las obligaciones que le corresponden (art. 1201, C.C.).

### **Por incumplimiento del Contratista.**

Cuando se presenta el evento del incumplimiento del contratista, la ley ha determinado que la administración, que es el objeto de estudio principal de la investigación que presentamos en el libro, que conlleva la terminación unilateral por parte de la entidad contratante, puedan aplicar las sanciones que dé: caducidad y cláusula penal.

Para ello es importante abordar la caducidad, como señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993:

*“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, 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, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto*

*contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar''.*

No todo incumplimiento del contratista genera el derecho de la administración para dar por terminado el contrato. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenciar que pueden conducir a su paralización. Pero, aun si se presentan estas circunstancias, la ley faculta para que la entidad las sopesa y decida si fuere el caso abstenerse de declarar la caducidad, situación la cual debe adoptar las medidas necesarias de control e intervención que garanticen la ejecución del objeto contratado.

Esta facultad discrecional es necesaria, pues hay oportunidades en que la declaratoria de caducidad puede acarrearle mayores costos a la entidad, y es posible que, con una correcta intervención se garantice la ejecución del objeto contratado, como por ejemplo permitiendo que los miembros del consorcio o los aseguradores continúen el desarrollo y terminación de la obra correspondiente.

Declarada la caducidad del contrato, no habrá lugar a la indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.

Cuando no se decreta la caducidad en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, los elementos y bienes directamente afectados por la misma, pasan a ser propiedad de la entidad contratante.

Cuando el incumplimiento no sea de aquellos en que sea viable la aplicación de la caducidad, la administración podrá imponer las multas o sanciones que se hubieren pactado.

Se prescindirá de pactar la cláusula de caducidad de los contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el

numeral 2° del art. 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguros tomados por las entidades estatales.

La Ley 80 de 1993 en el artículo 5° numeral 5, prevé que los contratistas no accederán a peticiones, presiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir determinado acto o hecho, de manera que cuando esto ocurra deben informar a la entidad contratante y a las autoridades competentes para que éstas tomen las medidas necesarias.

Antes de terminado el plazo para que el contrato se ejecute puede llegarse a dar la declaratoria de caducidad. Luego de terminado el plazo, lo único que seguirá es la liquidación.

### **Muerte del contratista**

Si el contrato se suscribe con una persona natural y esta fallece, el contrato se disuelve, ya que la persona es la determinante del contrato, al dar su voluntad junto a la de la administración, origen del acuerdo. Si el contrato se suscribió con una sociedad, la muerte de uno de los socios no es por sí sola causal de extinción del contrato, ya que las personas jurídicas son diferentes de las naturales.

El contrato estatal, tampoco se extingue cuando uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal fallece, pues este puede continuar con los demás integrantes, salvo que dichas uniones o consorcios estén integrados únicamente por personas naturales y todas fallezcan.

El artículo 7 y 52 de la Ley 80 de 1993 expresa respectivamente: “los contratantes responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley (...) los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes”.

### **Resolución del Contrato o del Derecho**

La palabra resolución (del latín *resolutio*) significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato. La resolución deja sin efecto, judicial o extrajudicialmente, un contrato válido, por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica.

La resolución es el efecto producido en el contrato al surgir la condición resolutoria, consagrada en el artículo 1536 del Código Civil.

Aunque se dice que el efecto de la resolución es la extinción del contrato tanto para el futuro como para el pasado y que en los contratos de tracto sucesivo no es posible borrar las pretensiones repetidas y causadas en el pasado, lo cierto es que producida una condición válida y legalmente celebrada en los contratos de tracto sucesivo, esta condición surte sus efectos hacia el futuro, y así para esta clase de contratos no se utilice la denominación de resolución sino de terminación, inexorablemente el contrato se extingue.

El hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito). Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de terceros se tiene por no efectuado; puede tener un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso).

La relevancia de la incidencia del hecho sobre los efectos del contrato unifica todas las hipótesis de resolución y justifica la unidad de la terminología, pero la diferencia de presupuestos obliga a tratar separadamente cada una de las figuras de resolución reguladas por el ordenamiento jurídico civil: resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevinida y por sobrevinida excesiva onerosidad. Existen otros casos especiales de resolución dispuestos por ley o por pacto.

### **Vencimiento del Plazo**

Es una causal de terminación del contrato el vencimiento del término acordado para la ejecución del contrato por el solo ministerio de la ley salvo estipulación en contrario; sin embargo, pueden las partes adicionar el contrato estatal que de conformidad con lo prescrito en el Artículo 40 de la

Ley 80 de 1993, podrá ser en una proporción de hasta el 50% del contrato inicial como lo señala el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta (2006).

### **Nulidad del Contrato.**

Para poderse declarar nulo el contrato debió tener condiciones de existencia, vida jurídica, efectos legales. La nulidad difiere de la inexistencia en que en esta última falta alguna de las condiciones de existencia, es decir no se ha formado el contrato estatal, ni ha nacido a la vida del derecho.

La nulidad puede ser absoluta o relativa como lo establece la (Corte Constitucional, C-1048/01, 2001).

- **Nulidad Absoluta.**

Son absolutamente nulos los contratos estatales en el derecho común cuando:

- Se celebran con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la constitución y la ley.
- Se celebran contra expresa prohibición constitucional o legal.
- Se celebran con abuso o desviación del poder.
- Se declaran nulos los actos administrativos en que se fundamenten.
- Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios prescritos sobre tratamiento preferencial de las ofertas nacionales, previstas en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, o con violación a la reciprocidad de que se refiere el artículo 20 del mismo estatuto.

Los efectos de la nulidad absoluta, se traducen en que esta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Artículo modificado por el inciso 3 del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 según expresa corte constitucional en la sentencia c 1048/01. “El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

En los casos en que se celebran contratos con personas con inhabilidad o incompatibles con lo previsto en la constitución y la ley, se celebren con abuso de poder o que hayan sido declarados nulos sus actos administrativo, el jefe o representante legal debe dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará la liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso en que el contrato no persiga el bien público y por el contrario haya sido celebrado con desviación y abuso del poder, será el juez contencioso administrativo a quien le corresponderá ordenar la terminación del contrato o declararlo ajustado a derecho, pues la Ley 80 de 1993 no autoriza a la entidad para la terminación del contrato en forma anticipada.

Si el contrato no es puesto en conocimiento del juez contencioso administrativo y se ejecuta totalmente, el jefe de la entidad deberá liquidarlo si es necesario, pues no basta un mero calificativo de ilegalidad para suspender su ejecución como se menciona en la sentencia del (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 16596, 2001).

- **Nulidad Relativa.**

Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

La nulidad relativa no ha de confundirse con la *Nulidad Parcial* la cual se refiere a la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas de un contrato las cuales no invalidarán la totalidad del contrato, salvo que este no pueda existir sin la parte viciada.

De los efectos de la nulidad relativa se tiene la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, entendiendo por tal, aquel en que se imponen a las partes prestaciones sucesivas y repetitivas y que no se pueden cumplir sino mediante el transcurso del tiempo como los contratos de obra, concesión, arrendamiento y prestación de servicios entre otros; no impedirá el

reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado, y únicamente hasta el monto del beneficio que esta hubiere obtenido.

Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado cuando las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Respecto del saneamiento de los vicios de procedencia o de forma, tenemos que ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.

Se consagran dos supuestos:

- a) Nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación, que son actos administrativos separables e impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y
- b) Nulidad del contrato mismo.

La anulación de cualquiera de los actos separables del contrato conlleva la anulación del contrato, el cual entrará en liquidación sin necesidad de que se promueva un nuevo proceso.

La anulación del contrato mismo exige el agotamiento de la vía administrativa como cuando se impugna un contrato por vicios esenciales en el contenido del mismo.

Este tema finalmente se resuelve por la impugnación de actos singulares. De todas maneras, declarada la nulidad del contrato o de alguno de los actos preparatorios los contratantes deben mutuamente restituirse las cosas que hubieren recibido en virtud del contrato previa liquidación, y si no fuere posible, deberá devolverse su valor, sin perjuicio de acordar la continuidad del objeto

contractual en caso de grave trastorno para los servicios públicos hasta cuando se adopten las medidas correctivas necesarias.

### **Terminación Unilateral de la Administración**

La entidad mediante acto administrativo motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes casos:

- ❖ Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- ❖ Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es una persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

A este respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-454 de 1994 con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz señaló:

*“De acuerdo con lo anterior, la norma acusada establece en principio la terminación unilateral del contrato como prerrogativa de la administración, por motivos de interés general y con el fin de obtener de manera oportuna y eficiente los bienes y servicios propuestos.”*

De otra parte, no obstante que en el numeral segundo se establece la causal de "incapacidad física permanente del contratista", no puede entenderse en el sentido de que la persona del contratista, por el solo hecho de sufrir una incapacidad física permanente, esté destinado a no continuar con la ejecución del contrato, y que el Estado de manera inmediata dé lugar a la terminación unilateral; debe advertirse que la terminación unilateral, es un mecanismo de la administración que le permite darlo por terminado, cuando se presenten determinadas situaciones sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, por consideraciones que se relacionan con exigencias del servicio público, situación de orden público, incapacidad del contratista de ejecutarlo totalmente, debido a factores como lo son muerte, incapacidad física, y de carácter patrimonial.

Para esta Corporación, la incapacidad física a que se refiere la parte acusada de artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe interpretarse en el sentido de que aquella impida de manera absoluta el

cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

Se pretende, simplemente, dar solución a situaciones diferentes a la muerte del contratista, que causen de manera sobreviniente la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues en estos casos para salvaguardia del interés público del contrato, es necesario que la administración cuente con instrumentos que le brinden la oportunidad de continuar con la ejecución, y dejar sin efectos un acuerdo que no puede cumplirse, sin que se deba sancionar al contratista.

En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta y determinar, según sea conveniente, la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato hasta tanto sea posible, pues pueden presentarse situaciones en las cuales la persona a pesar de su incapacidad física permanente puede dar ejecución total al contrato. Así, es claro que para la aplicación de la figura, es necesario que exista relación de causalidad entre la incapacidad física con la imposibilidad del cumplimiento del contrato, pues de otra manera no existiría fundamento jurídico que habilite para la mencionada terminación, so pena de abuso de la posición de preeminencia del Estado desconociendo derechos de los particulares, pues a pesar de la existencia de los mismos debe buscarse siempre un equilibrio de las partes.

De manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista. De otra parte la misma norma establece que en el caso de incapacidad física permanente, podrá continuarse la ejecución del contrato con el garante de la obligación.

El fallo de la Corte Constitucional declara la exequibilidad del inciso 2º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 al estipular que hay terminación anticipada de un contrato en la medida en que la incapacidad física permanente, impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista como se dijo en la Corte Constitucional en sentencia C-454/94.

- ❖ Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- ❖ Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Cuando ocurra la muerte o incapacidad física permanente del contratista o por disolución de la persona jurídica, o se declare su interdicción judicial o quiebra, la entidad estatal podrá continuar la ejecución con el garante de la obligación.

La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarios para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

### CAPÍTULO III

#### PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A pesar de que la tendencia mundial apunta a despojar cada vez más a los contratos estatales meramente administrativos de sus cualidades diferenciales en punto al ejercicio de las prerrogativas de poder público que antes los tipificaban tal como lo señala Cuesta (2002), orientándose hacia una “*iuspublificación*”<sup>19</sup>, de los sistemas de contratación estatales, aún se evidencia nítidamente el poderío estatal en las reglas que rigen los procesos de selección que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante y el reconocimiento de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extinción y los efectos que ella produce.

---

<sup>19</sup> Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO. El Contrato Administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 2003. p. 257 y ss., especialmente ps. 266-269. Este autor cita numerosos trabajos doctrinarios (nota 294) escritos por juristas europeos de diferentes países –incluso del Reino Unido– que advierten sobre la transformación que se ha venido operando en los sistemas contractuales.

Es por esto que entraremos a analizar las especiales facultades de las que está revestida la administración al momento de efectuar sus relaciones contractuales, las cuales se concretan principalmente en las que expondremos a continuación.

### **Cláusula Exorbitante**

Las cláusulas exorbitantes de las que hablaremos a continuación son denominadas hoy como excepcionales.

No obstante, la cláusula de caducidad mantuvo su importancia para tal efecto, en la medida que si ella se incluía en los contratos privados, servía como punto definitorio de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, de acuerdo con el artículo 61 del Decreto-Ley de 1983 y con el código contencioso administrativo, artículos 83, 87, 131 y 132, numeral 7. Con la expedición de la Ley 80 de 1993, la cláusula de caducidad perdió tal importancia, al unificarse la naturaleza del contrato estatal y concentrarse la labor juzgadora de tales controversias en una sola jurisdicción.

Otra innovación que introduce el estatuto contractual a la cláusula de caducidad se refiere a las causales que dan lugar a su declaratoria. Mediante esta figura procesal se ponía fin al contrato, sin distinguir entre la ocurrencia de fenómenos naturales como la muerte o la incapacidad física del contratista y el incumplimiento del objeto del contrato o de otras obligaciones ajenas a este. La cesación de pagos, por ejemplo, o los embargos judiciales hacían presumir tal incapacidad y servían de fundamento para declarar caducado el contrato.

Pero siendo que la declaratoria de caducidad es una especie de sanción que busca el cumplimiento oportuno del objeto contratado, resultaba absurdo e injusto que se decretara ante la ocurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que le impedían cumplir el objeto pactado. Por ejemplo, cuando sobrevenía la incapacidad física (Decreto - Ley 222 de 1983 art. 62).

Las cláusulas exorbitantes al derecho común tienen su fundamento en la misma finalidad perseguida por la actividad administrativa. Entre sus objetivos, como quedó visto, está la prestación de servicios públicos que interesan a la comunidad.

La cláusula exorbitante es inherente a la administración pública, otorgándole privilegios a la administración para que pueda realizar sus cometidos, aunque deba hacerlo con respecto a las normas y procedimientos de legalidad.

La consagración de cláusulas excepcionales en los términos del artículo 14 de la ley 80 de 1993, se trata de potestades o prerrogativas previas al contrato estatal, puesto que son constituidas con anterioridad al contrato por una norma jurídica y que, si no se incluyen, se consideran pactadas y se consideran obligatorias por ley, el pactarlas.

Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces un elemento fundamental: el que este constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (Público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que ve comprometida directamente con su actividad.

Como se verifica, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación que ha sido advertida, de manera específica, para el caso que nos ocupa (imposición unilateral de multas), por algún sector de la doctrina, implica un cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado estima conveniente detenerse en este aspecto, para efectos de obtener mayor claridad como se dijo, al calificativo “exorbitancia” que justamente constituye la razón de ser de la consideración que en esta sentencia del 20 de octubre de 2005 se ratifica.

En esta sentencia la Sala recogió una tesis del pasado, cambiando su posición vigente en aquel entonces, e indicó que si bien resultaba perfectamente viable incluir dentro de los contratos estatales, cláusulas que pactaran la posibilidad de imponer multas, esto no significaba que la administración pública pudiera hacerlo de manera unilateral, toda vez que dicha atribución de exorbitancia, no le estaba dada por la ley, como se había hecho en el pasado, en el contexto del Decreto Ley 222 de 1983.

En Colombia el modelo de cláusula exorbitante es la de caducidad y presenta las siguientes características: es unilateral, porque solo puede estipularse a favor de la administración pública, se

cumple el privilegio de lo previo, pues esta no requiere acudir ante juez alguno para que se cumplan los efectos de la declaratoria; en consecuencia, la administración pública:

*1. Califica la causal de caducidad; 2. Declara la caducidad; 3. Determina los efectos de la declaratoria... Así la administración pública puede darle a las obligaciones a su favor el carácter de actualmente exigibles por su propia decisión, sin acudir al juez (Consejo de Estado, Sala de lo Constencioso Administrativo Sección Tercera, 2005).*

La contratación estatal dado los objetivos que persigue, debe de estar regida por una serie de principios ajenos a las relaciones contractuales de los particulares. Estos rasgos característicos de la contratación oficial a su vez tienen como causa y finalidad primordial el interés general, la buena marcha de los servicios públicos. Para obtener estos cometidos que la Carta encomienda a las autoridades, la ley ha creado algunas prerrogativas, que solo podrán ejercerse en cuanto sean de absoluta necesidad para el logro de tales fines.

La ley establece, entonces, que para el exclusivo efecto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, la entidad oficial puede imponer al contratista la interpretación, la modificación o la terminación del contrato de manera unilateral. Ya que en estos casos no existe ninguna conducta anómala atribuible al contratista, la entidad debe recocerle y pagarle las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar, para mantener el equilibrio inicial.

Según lo establecido por la normatividad administrativa las cláusulas exorbitantes son:

- **Interpretación Unilateral**

Su concepto se encuentra en la Ley 80 de 1993 en su artículo 15 (Congreso de Colombia, 1993):

*Artículo 15°.- De la Interpretación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.*

Esta facultad de la administración contratante se aplica en la etapa ejecutiva del contrato ante la ocurrencia de discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato para evitar la afectación del servicio público y ante la ausencia de acuerdo entre las partes. Previo a que la entidad realice la interpretación ejecutiva, consideramos pueden utilizarse los mecanismos de solución de controversias contractuales como lo establece Rojas (pág. 132).

A razón de lo anterior la doctrina manifiesta:

*Este especialísimo poder exige que su cumplimiento se haga con sujeción a límites rigurosos, a saber: a) que para la interpretación se tenga en cuenta la finalidad que es la existencia de un interés público; b) que para la interpretación, se tengan en cuenta las reglas de la hermenéutica jurídica (como lo dispone la norma que consagra el principio), las cuales, con referencia a los contratos, están contenidas en el código civil. Arts. 1618 y siguientes; que proceda solo en caso de que surjan discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas; d) que se den las discrepancias en condiciones tales que ellas puedan traer la parálisis o la perturbación del contrato, lo cual implica que la interpretación no puede recaer sobre Cláusulas aplicadas a hechos consumados sino para regular hechos futuros de ejecución del contrato; e) que se dé al contratista la oportunidad de conocer el criterio de interpretación de la Administración ...; f) que si no hay acuerdo con el contratista, en resolución motivada la entidad pública contratante señale la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado..., disposición que vuelve a confirmar la apreciación de que la interpretación unilateral solo tiene cabida para reglamentar la vida ejecutiva futura del contrato; g) que con la interpretación no se hagan modificaciones al contrato (Rodríguez, 1989, págs. 47, 48 ).*

En la sentencia C-1514 de 2000 de la Corte Constitucional se demanda el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, ya que el demandante considera que se está violando el artículo 2º de la Carta Superior y de manera explícita la obligación del Estado de asegurar “la vigencia de un orden justo”.

El actor señala que el principio *pacta sunt servanda, contratos lex interpartes*, el cual califica de elemento básico del "instituto contractual" y que en el derecho colombiano se encuentra en el artículo 1602 del Código Civil, constituye presupuesto de un orden justo, pues asegura que las

partes que intervienen en un contrato, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, estén en una situación de igualdad relativa; esto último en razón de legítimas limitaciones de la autonomía de la voluntad, tales como el interés público o las buenas costumbres.

Dicha igualdad relativa - base de un orden justo - se destruye por completo, mediante la figura de la interpretación unilateral, pues se "potesta al Estado con facultades absolutas y omnipotentes propias de los regímenes monárquicos y no liberales como el nuestro", pues corresponderá a la administración definir la manera en que se ha pactado el contrato y la forma de cumplirlo.

Con ello, además, la administración usurpa funciones judiciales, puesto que:

*Si entre las partes del contrato surgen discrepancias lo más sano y lógico es que la misma se resuelva por terceros, que en un plano más objetivo y sensato entren a resolver los móviles de las contradicciones, resultando un tanto absurdo que una de las partes descontentas sin mediar el real alcance de la situación emita un juicio que pueda ir viciado de soberbia y temeridad (Corte Constitucional, C-1514, 2000)*

En su análisis, la Corte Constitucional a pesar de considerar que la existencia de la prerrogativa de la administración de interpretar unilateralmente los contratos administrativos, supone una relación de desigualdad entre las partes contratantes, da a conocer que en sentencia C-539 de 1999 la Corte se ocupó del tema de las prerrogativas en favor del Estado, y señaló que la existencia de los privilegios públicos no se pueden justificar en argumentos tales como la peculiar personalidad del Estado o el interés público, sino que era indispensable realizar un juicio de proporcionalidad (C.P. art. 5) en virtud del vínculo del Estado con la protección de los derechos constitucionales de los colombianos.

La Corte consideró que la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, resulta razonable, pues con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que, dadas las circunstancias previstas en la disposición, la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato. Debe tenerse en cuenta, además, que la ley ha previsto que el contratista tiene el derecho de solicitar "que la administración les restablezca el

equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas" (Ley 80 de 1993 artículo 5° inciso 2 del numeral 1°, artículo 14 numeral 1), con lo cual resulta claro que el interés económico del contratista se ve preservado frente a las decisiones de la administración.

En estas condiciones no se aprecia que la interpretación unilateral implique violación del principio de economía (C.P. art. 209), pues indudablemente resulta más "económico" para los fines estatales, garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a las decisiones judiciales, cuya competencia, sea del caso advertir, no se elimina por el ejercicio de la mencionada facultad. Conforme a tales razonamientos la Sala Plena de la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 15 de la Ley 80 de 1993.

Es característica de esta primera figura, el advenimiento de discrepancias sobre la interpretación de las Cláusulas, pero se requiere que las dificultades surgidas amenacen o conduzcan a la paralización o afectación grave del servicio. Es necesario que el criterio de la entidad se plasme en acto administrativo con el fin de exponer las razones determinantes para darle el sentido más conveniente a la cláusula o a las Cláusulas en materia de desacuerdo.

Tan pronto se evidencie la disparidad de criterios, el jefe de la oficina, el contratista o ambos deben propiciar un arreglo amistoso tendiente a solucionar el problema, de manera tal que ninguna de las partes resulte perjudicada.

Este intento de arreglo debe oficializarse en un acta firmada por los intervinientes; si hay consenso, este formará parte del contrato, pues surte efectos jurídicos en desarrollo del principio que respeta la autonomía de la voluntad. En caso contrario, el acta contentiva del disenso de las partes servirá como soporte del acto de interpretación unilateral, el cual debe recoger en la parte motiva sus aspectos sustanciales y como medio de prueba para el futuro.

La facultad que tiene la administración para imponer sus puntos de vista, solamente se explica por el carácter elástico que ostentan las Cláusulas del contrato estatal para la búsqueda de una óptima prestación en los servicios públicos, los cuales como es apenas obvio, redundan en beneficio del interés general.

- **Modificación Unilateral.**

Es la Ley 80 de 1993 (Congreso de Colombia, 1993), la que en su artículo 16 concreta la denominada cláusula exorbitante de la modificación unilateral, rezando:

*Artículo 16º.- De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*

*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.*

Es este precepto el que, como prerrogativa legal, faculta a la entidad contratante para introducirle modificaciones al contrato celebrado, siempre y cuando se den las situaciones que estipula la norma.

A pesar de que el artículo, dentro de las reglas que posibilitan la modificación unilateral, no menciona casos en que es improcedente aplicarla, consideramos que la aplicación tendrá que manejarse en procura de guardarse el equilibrio financiero para las partes.

El análisis global abarca lo preceptuado por el inciso final de la disposición, que le confiere facultad al contratista para rescindir del contrato “si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial”; ¿pero si no renuncia qué puede suceder? Consideramos, salvo mejor criterio que, debe restablecerse el equilibrio financiero a favor del contratista. A la jurisprudencia corresponderá la labor de interpretación constructiva dadas las omisiones que se observan sobre los tópicos referidos.

Ciertamente la norma en comento no determinó las reglas ni el procedimiento para poder modificar unilateralmente el contrato, como sí lo contemplaba el Decreto - Ley 222 de 1983, en sus artículos

20 y 21, pero ello no está significando que se hayan cambiado las condiciones de aplicabilidad del poder y acentuado la discrecionalidad, tal como lo indica Rojas (págs. 133, 134); se debe interpretar que los principios legislados y los generales del derecho aplicables a la materia, como también las construcciones jurisprudenciales y doctrinales, como limitaciones, no pierden vigencia, en procura de mantener la intangibilidad de la esencia del contrato, la inalterabilidad de las condiciones técnicas de ejecución, el reconocimiento y pago de nuevos costos, etc.

Esta figura se presenta ante la necesidad de efectuar variaciones en el contrato para evitar la paralización o afectación grave del servicio, cuando no se llega a un acuerdo. La entidad puede verse en la necesidad de suprimir o adicionar las obras, trabajos, suministros o servicios objeto del contrato. En estos casos, como es apenas lógico, debe procurarse un arreglo amistoso para introducir los cambios que el servicio requiera. Y para futura memoria, deberán constar por escrito estos intentos de consenso, pues solo ante la imposibilidad de lograrse, es cuando procede el acto unilateral de la administración.

Esta medida se adopta también mediante acto administrativo motivado, susceptible de reposición y de la acción contractual ya citada. La norma aclara que si la modificación afecta un 20% o más del valor inicial, el contratista puede renunciar al contrato. En este caso la entidad procederá a su liquidación y garantizará su continuación.

En lo concerniente a las adiciones al contrato, la Ley 80 de 1993 en su artículo 40, párrafo único, estipula que la adición no puede exceder el 50% del valor inicial del contrato. La violación a esta norma constituye contratación indebida.

El contrato adicional no debe servir para el fraccionamiento del contrato como medio de evadir el cumplimiento de requisitos; se estaría dando la figura que se contempla en el Código Penal en su artículo 145, como celebración indebida de contratos.

Los requisitos del contrato adicional son los siguientes:

- ❖ Autorización otorgada por el competente para el efecto.
- ❖ Debe de existir la disponibilidad presupuestal.
- ❖ Debe de hacerse la reserva correspondiente.

- ❖ Se aumentará o prorrogará la garantía.
- ❖ Será necesario el pago de los impuestos correspondientes. Y
- ❖ Se hará la publicidad por medios idóneos.

Las prórrogas automáticas no son válidas, pues atentan contra la seguridad y la transparencia que deben informar las Cláusulas de todo contrato.

La prórroga sí debe otorgarse cuando el contratista no tiene culpa en el incumplimiento; sin embargo, podría eventualmente ocurrir que aun por fallas imputables a este, la entidad oficial decida a toda costa obligarlo a cumplir el objeto del contrato por ser lo más conveniente al interés general.

- **Terminación unilateral del Contrato.**

Las causales de terminación anticipada de contratos:

- ❖ Cuando las exigencias del servicio, o las circunstancias de orden público lo exijan o el orden público lo haga necesario.
- ❖ Por muerte o incapacidad física permanente del contratista o la disolución de la persona jurídica de este.
- ❖ Por interdicción judicial o quiebra del contratista.
- ❖ Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Los contratistas son sujetos de derecho privado sobre los que la entidad pública produce unos efectos jurídicos como la merma patrimonial toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva; de esta manera estableciéndose una naturaleza exorbitante, fue esta comprensión de la capacidad de imponer unilateralmente multas a los contratistas como una típica exorbitancia, y la inexistencia de una disposición en la Ley 80 de 1993 que lo permitiera, el argumento que sirvió de fundamento a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para declarar la nulidad, al

considerar que se desbordaba el principio de legalidad contenido en los artículos 6, 121 y 122 constitucionales.

### **La Cláusula Excepcional**

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de “cláusulas excepcionales” y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada “renuncia a la reclamación diplomática”).

Puede observarse entonces, que la Ley 80 de 1993, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista; y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto - Ley 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma: ARTICULO 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.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Dicho título hace referencia a las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales y a la forma de su implementación (Arts. 18 a 24 D. 222 de 1983).

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993.<sup>21</sup> Esta norma, no solo derogó el Decreto - Ley 222 de 1983, anteriormente citado<sup>22</sup>, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general<sup>23</sup>.

Según se observa ni en ésta ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto - Ley 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998<sup>24</sup> y del 20 de junio de 2002<sup>25</sup>, pero lo que no se

---

<sup>21</sup> ART. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. 2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

<sup>22</sup> Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

<sup>23</sup> De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

<sup>24</sup> Exp. 13988.

<sup>25</sup> Exp. 19488

puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en estas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la Ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera , 2005)

Respecto de las Cláusulas excepcionales debe advertirse que el nuevo estatuto contractual distingue varias situaciones. En algunos contratos es forzoso incluirlas, hasta el extremo de que si no se pactan se presumen insertas y en tal virtud surten todos los efectos jurídicos.

La ley las prohíbe en algunos otros.

1) Se pactarán las Cláusulas excepcionales al derecho común en los siguientes contratos:

- Los que tienen por objeto una actividad que constituya monopolio estatal.
- En los de prestación de servicios públicos; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001.
- En los de explotación o concesión de bienes del Estado.
- En los de obra.

2) Son opcionales o potestativas:

En los de suministro y prestación de servicios.

3) Están prohibidas en los siguientes casos:

- Los celebrados con personas públicas internacionales.
- Interadministrativos.
- Empréstito.
- Donación.
- Arrendamiento.

- Actividades comerciales e industriales, salvo que se trate de: 1. monopolios estatales, 2. prestación de servicios públicos, 3. exploración y concesión de bienes del Estado; 4. contratos de obra.
- Actividades científicas o tecnológicas.
- Seguros.

4) Es obligatorio pactar Cláusulas excepcionales en los contratos cuyo objeto esté constituido por actividades de monopolio estatal. También deben de incluirse las Cláusulas excepcionales en los contratos que se relacionen directamente con la prestación de servicios públicos.

En estos casos se puede presentar dificultad, pues casi todas las actividades que benefician a la comunidad pueden calificarse como tales, dada la definición tan general y ambigua que contiene la ley en sus artículos 2° y 3°.

En caso de pactarse en los contratos en que está prohibida su inclusión, no puede surtir efecto alguno ya que la primacía de la ley se impone sobre la autonomía de la voluntad de los contratantes.

### **Cláusulas Opcionales y Especiales**

Los contratos de la administración contienen cláusulas iguales a las que se incluyen en los contratos privados; los contratos estatales se caracterizan en este aspecto por la inclusión de algunas cláusulas especiales. La especialidad de estas cláusulas consiste unas veces en que su contenido es extraño a los contratos de derecho privado; por lo general exceden el marco de los contratos formales mientras que otras veces, a pesar de que pueden encontrarse en los contratos comunes, en los estatales, producen efectos extraños a aquellos, de manera que puede decirse que son especiales en cuanto a su contenido o en cuanto a sus efectos. Recordemos que esta idea es la base del concepto de Cláusulas excepcionales.

- **La Cláusula Penal**

Surge en el Derecho Romano; la cláusula penal se conocía como la *Stipulatio Poenae*, donde las partes convenían abonar cierta indemnización por los perjuicios que se causaren por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Es decir que desde que apareció este concepto hasta hoy, la definición de la cláusula penal sigue manteniendo su esencia porque, si bien en el Decreto-Ley 222 de 1983 se consagraba un doble régimen jurídico para la contratación de las

entidades públicas por lo que se hablaba en ese entonces de contratos de derecho privado de la administración y de contratos administrativos, entendiéndose estos últimos como la inclusión de ciertas estipulaciones que contemplaban la aplicación de ciertos principios como lo eran la interpretación, la modificación, la cuantía, las garantías, multas y penal pecuniaria, es decir que a todos estos contratos se les aplicaban íntegramente el derecho público, todo se hacía mediante actos administrativos, los cuales gozaban de privilegios propios de la autoridad competente.

En lo que se refiere a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria se utilizaba el verbo “imponer”, es decir la administración se encontraba en una posición superior frente a los contratistas, lo cual obligaba a estos al pago de tales penas; todo esto con una actuación en forma unilateral por parte del Estado.

Con la aparición de la Ley 80 del 93 (estatuto general de la administración), se unificó el régimen legal de los contratos; es de ahí que podemos precisar que el artículo 13 de esta ley dice lo siguiente: “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirá por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

- **Las Multas**

Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado" proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la "*falta, exceso o delito*", como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2006).

Su aplicabilidad como poder de autotutela y de efectividad en el cumplimiento de los fines del Estado, representa para la función de este, una básica herramienta de dirección, control y vigilancia, que le permite más allá de convertirse en una figura correctiva, una advertencia de cumplimiento cabal de las obligaciones contractuales por parte de los contratantes.

Le asisten al Estado ciertos poderes cuyo origen proviene de la facultad que tiene la administración pública para imponer sanciones a través de procedimientos administrativos, las cuales pueden ser correctivas o disciplinarias, tendientes a impedir la realización de actividades y omisiones antijurídicas por parte de los asociados que garanticen el cabal cumplimiento de la función pública y los cometidos estatales. Tal potestad se explica por cuanto “si el órgano está facultado normativamente para imponer un mandato, o regular una conducta en servicio de interés público, su incumplimiento implica que ese órgano tiene la atribución para lograr la garantía del orden mediante la imposición de los castigos correspondientes”.

Si observamos esta facultad tiene como único fin proteger el interés público ante cualquier amenaza a su realización, que no se traduce en cosa distinta a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Es así como dentro de estas facultades de tipo sancionatorio encontramos aquellas que permiten el apremio ante la mora por incumplimiento defectuoso de sus obligaciones derivadas de un contrato estatal, facultades que buscan la agilidad de la ejecución contractual, más que un afán de entrometerse en los asuntos del contratante, y con un objetivo prioritario, el desarrollo a cabalidad del objeto contractual, el cual busca sin duda la realización de los fines del Estado.

Ahora bien sobre la exorbitancia de las multas en edición de la Revista de Derecho Público (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho ), donde según JEAN RIVERO dichas Cláusulas son derogatorias del Derecho Común ya que “*son insusceptibles de figurar en un contrato entre particulares, como contrarias al orden público*”, están orientadas no solo hacia la reparación del daño, sino también hacia la ejecución efectiva, conforme con las exigencias del interés público, que existen de pleno derecho, fuera incluso de las previsiones del contrato.

Para dicho autor, las multas son sanciones pecuniarias que “funcionan automáticamente cuando se produce la falta ‘prevista (penalidades contractuales, normalmente de una cantidad determinada por día de retardo), son calculadas inmediatamente después, en función, del daño sufrido (compensación por daños y perjuicios).

Eduardo García de Enterría y Ramón Tomas Fernández, explican que el poder de dirección y control de ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones. A la administración contratante le interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución

de la obra y la buena prestación del servicio público, más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve para la satisfacción del interés legal. De ahí que la ley no se conforme con reconocerle a la administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento.

### **Discrecionalidad Administrativa Contratación Estatal**

En razón a que las actividades que cumple la administración pública son múltiples y crecientes, el ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

La diferencia entre los actos reglados y los actos discrecionales la establece Gordillo (1977), cuando anota que:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el funcionario debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.<sup>26</sup> Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. “En un caso es la ley

---

<sup>26</sup> Citado por GORDILLO, Ver VENEZIA, JEAN-CLAUDE, *Le pouvoir discrétionnaire*, París, 1959. LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1963, p. 213 y ss. y ediciones posteriores. HAMSON, C. F., *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1958. SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

—en sentido lato: Constitución, ley, reglamento— y en otro, es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse” (Laubadere, 1963).

La potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal; dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

Enterria y Fernández (1998), lo explica de la siguiente manera:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto

legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional

- **La Discrecionalidad en el Acto Administrativo**

Ahora bien, según lo indica Ortiz (2012), el acto jurídico administrativo tiene por naturaleza, fuente primordial en el Derecho Público, cuyos caracteres principales según Bartolomé, “Legitimidad y ejecutoriedad”, han promovido una teoría jurídica que implica análisis de la toma de decisiones de la administración pública.

El profesor Gordillo (1998), explica que no existen Actos Administrativos discrecionales, puesto que, como menciona Hauriou, son actos administrativos expedidos por un poder o facultad discrecional, esto es, todo acto administrativo en parte es reglado (competencia) y en parte discrecional. Igualmente, las potestades regladas como discrecionales pueden presentarse individualmente o combinadas, pero ellas afectan la oportunidad o mérito o resultan de las mismas.

En Colombia el ejercicio del control de la legalidad del acto administrativo ha venido evolucionando hacia un control constitucional de la discrecionalidad administrativa.<sup>27</sup>

- **Tipos de Discrecionalidad** (Cassagne, 2009)

La discrecionalidad administrativa, de manera general, maneja diferentes modalidades como son:

1. **Discrecionalidad Típica:** en los cuales la entidad administrativa según lo indica la sentencia de la Corte Constitucional, C-031, 1995 está facultada para escoger una u otra posibilidad justa o, al menos, ajustada a derecho; en estos casos la potestad discrecional no se encuentra limitada por los conceptos jurídicos determinados o indeterminados.

---

<sup>27</sup> Memorias I Congreso Nacional de Derecho Público conferencia del Dr. Eduardo Andrés Velandia. Universidad Antonio Nariño 29 y 30 de abril de 2011 Neiva- Huila.

2. **Discrecionalidad Atípica:** donde la discrecionalidad es limitada por principios o conceptos jurídicos indeterminados<sup>28</sup> de valor que, generalmente, admiten una única solución o posibilidad justa en situaciones donde se es valorado entre varias posibilidades justas. Algunos conceptos de valor o principios son: el interés público, el bien común, el interés del Estado, razones del servicio; este tipo de discrecionalidad nace en el Derecho Alemán, donde los valores son de naturaleza general y su aplicación e interpretación sólo es posible en determinados límites. Es de anotar, que para algunos autores (García Enterría, Parejo Alfonso), los conceptos jurídicos indeterminados no son propiamente una forma de discrecionalidad “per se”, sino, que se diferencian de la discrecionalidad administrativa en cuanto ésta (la discrecionalidad) es de carácter volitivo como lo define Enterría y Fernández (1998), o sea, “de libertad de elección entre alternativas igualmente justas”, decisión fundamentada en criterios extrajurídicos como oportunidad, económicos, entre otros, y los otros (los conceptos jurídicos), son de carácter cognoscitivo e interpretativo, es decir, como proceso reglado para encontrar una única solución, aunque se admite una correlación.
  
3. **Discrecionalidad Restringida o Atenuada:** son las facultades de un órgano administrativo al que se le otorga cierta libertad por el ordenamiento jurídico, pero está limitado o restringido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva (donde la discrecionalidad se limitó a la facultad de elegir algunas de las soluciones ya previstas en la ley).
  
4. **Discrecionalidad Técnica:** de origen italiano y que se configura “cuando la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la administración” (Cassagne, 2009), es decir sobre juicios técnicos otorgados por las ciencias (exactas y sociales) diferentes a los juicios de oportunidad y conveniencia (Cassagne, 1996).

---

<sup>28</sup> Apuntan a una realidad que en la aplicación o en el caso concreto se precisan pero que buscan la solución justa como única.

- **Discrecionalidad Técnica** (Hernández, 2007).

Además del ya comentado crecimiento cuantitativo de los ámbitos en los cuales la Administración se ha visto preciada a desplegar su actividad, como consecuencia de la asunción de la más variada serie de responsabilidades en la gestión de los intereses de la colectividad por parte del Estado social de Derecho, de forma paralela o quizás como consecuencia de lo anterior se ve verificado un creciente fenómeno de tecnificación de las acusaciones que a los órganos administrativos concierne llevar a cabo en la actualidad. Por esta razón, las normas que regulan dichas actividades frecuentemente se ven precisadas a remitir a conceptos y reglas técnicas, dada la necesidad de recurrir a criterios de decisión y conocimientos propios de ámbitos científicos, artísticos o, en fin, del saber especializado. De esta incontestable realidad se han derivado ineludibles cuestiones de interés para el Derecho administrativo, preocupado por establecer hasta qué punto el carácter técnico de la actividad administrativa incide en la naturaleza jurídica de ésta, así como en los alcances y límites de su control judicial. De ahí que ya el veterano concepto de discrecionalidad técnica<sup>29</sup> se utilice con bastante frecuencia tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, aunque su significado difiera bastante de ser unívoco<sup>30</sup>, pues, como veremos en ocasiones se recurre a él como fundamento de un margen decisional del que dispone la Administración, dentro del cual el control judicial es restringido, no obstante lo cual, del mismo modo, en oportunidades sirve como argumento de apoyo a construcciones teóricas enderezadas a afinar las técnicas de control de la actividad administrativa<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> De que no se trata de un concepto novedoso dan cuenta, por ejemplo, J.L. PIÑAR MAÑAS. “el pleno control judicial de los concursos y oposiciones”, en Documentación Administrativa, 220, 1989, p.147, y A. SANCHEZ BLANCO. “la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos”, Revista Española de Derecho Administrativo, 30, 1981, p. 563.

<sup>30</sup> De hecho, E. DESDENTADO DAROCA. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica ( Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, Civitas, 1997, p. 28, afirma que los autores que utilizan y han utilizado la noción de discrecionalidad técnica han elaborado diferentes conceptos de la misma, razón por la cual “ la discrecionalidad técnica lejos de ser una categoría sólida, se caracteriza por su equivocidad, por la ausencia de unanimidad científica en torno a su significado”, o, como afirma MARZUOLI, por “la precariedad de su fisonomía”: C. MARZUOLI. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 7. Citado de Cfr. MARÍN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad Administrativa*. Pág. 277.

<sup>31</sup> Esta equivocada noción de “discrecionalidad técnica” no hace otra cosa que poner de presente la relevancia y pertinencia de los cuestionamientos que se consideran inherentes a las valoraciones y apreciaciones técnicas llevadas a cabo por la Administración – y que se corresponde con los diferentes aspectos como los problemas de control judicial

## Origen y consolidación de la noción de la discrecionalidad en la contratación administrativa

Las primeras referencias a la categoría que nos ocupa las ubica Moreno (1976), en la doctrina alemana, en la cual refiere las tesis que ya en el siglo XIX formulaba Bernatzik citado por Moreno, que parten de la diferenciación entre los asuntos sometidos a la jurisdicción de los tribunales y la que este último denomina “libre discrecionalidad”: esta se caracterizaría por la dificultad de apreciación del supuesto de hecho de la norma que la contiene, razón por la cual el autor juzga más apropiado hablar de “discrecionalidad técnica” (*technischen Ermesen*), cuya esencia consistiría en que esa dificultad del caso impediría a un tercero – el juez- controlar la compleja cadena de razonamientos que debe llevar a cabo la Administración para precisar las cuestiones técnicas. Así las cosas, habiéndose concedido a la Administración la facultad de decidir en estos supuestos lo que es más conveniente al interés público, no es concebible un control jurídico objetivo de la actividad administrativa desplegada dentro de esos ámbitos materiales reservados a la mencionada discrecionalidad técnica, pues lo que tendría lugar no sería realmente un control objetivo, sino el otorgamiento de prevalencia a un nuevo punto de vista- igualmente técnico-: “si un tribunal administrativo pudiese examinar las decisiones tomadas por la Administración en esta materia, se producirá una “doble administración” (*Doppelverwaltung*).

Gianini citado por Hernandez (2007), resalta que la noción de discrecionalidad técnica surgió básicamente por razones procesales, con la finalidad de que el juez pudiese revisar, valiéndose de las pruebas parciales, aquellos ámbitos de la actividad administrativa en los que se producen juicios científicos y no juicios de oportunidad; en su opinión, incluso cuando la norma exige la aplicación de cánones de las llamadas “*ciencias no exactas*”-como las económicas, literarias o artísticas-, la decisión que se adopte ciertamente podrá ser opinable, pero ello no quiere decir que sea discrecional, pues aunque sea fuertemente valorativo el carácter de tales juicios, continúan formando parte del conocimiento técnico y en tal medida, siguen siendo jurídicamente diversos de los juicios de oportunidad, sin que supongan el reconocimiento de facultad discrecional alguna. La decisión administrativa en estos casos, por tanto, no consiste en la elección entre una pluralidad de alternativas atendiendo a un criterio de oportunidad, sino en afirmar o negar la existencia del

---

de la discrecionalidad técnica. Citado de Cfr. MARÍN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad Administrativa*. Pág. 19 y 20.

concepto de acuerdo con su propia naturaleza, es decir, por vía de ejemplo, que una sustancia o es tóxica o no lo es, pudiendo ocurrir que sea de mayor o menor toxicidad, pero no que resulte oportuno o inoportuno considerarla tóxica<sup>32</sup>.

Este asunto también ha sido abordado en la doctrina italiana por Alessi que también ha sido citado por Hernández; el cual mantiene que dentro de los conceptos de esta naturaleza utilizada por las normas jurídicas son identificables un “lado jurídico-administrativo” y “un lado estrictamente técnico”, que el grado de sometimiento de la administración al resultado de lo que la técnica dicte dependerá de la forma en que la disposición normativa se remita a la cuestión técnica con lo cual serían diferenciables varios supuestos de “discrecionalidad técnica”; en primer lugar aquellos en los cuales los criterios técnicos están ligados a los administrativos, bien sea porque la solución del asunto técnico constituye el presupuesto para resolver una cuestión administrativa, ora en atención a que el caso se decida con criterio administrativo, aunque se tengan en cuenta también valoraciones técnicas; en una y otra hipótesis el criterio de decisión no es exclusivamente técnico sino también administrativo quedando los dos indiscutiblemente vinculados, pues no se trata solamente de elegir la mejor opción técnica, si no también aquella que satisfaga más adecuadamente el interés público. En estos casos para Alessi existiría una “*discrecionalidad técnico-administrativa*” que es una verdadera discrecionalidad.

En segundo lugar, Alessi refiere los casos en que los criterios técnicos determinantes de la actividad de la administración no se encuentran subordinados a criterios administrativos, de suerte

---

<sup>32</sup> Cfr. *ibid.*, p.489. siguiendo la elaboración teórica de GIANINI, sostiene que la discrecionalidad técnica existe cuando la apreciación de los hechos previstos en la norma como presupuesto de la actuación administrativa debe realizarse de acuerdo con conocimientos científicos o técnicos, que es lo que ocurriría, por ejemplo, cuando se le encomienda a la administración establecer la peligrosidad de un edificio ruinoso, la idoneidad de un candidato al acceder a la función pública o de carácter artístico de un trabajo. Así pues, la discrecionalidad técnica consistiría en una facultad de valoración de hechos, no de interés, y por ello no se supone la realización de apreciaciones de oportunidad, como si las hay en la “discrecionalidad pura”. La discrecionalidad técnica es también diversa de la actividad de apreciación que despliega la administración utilizando herramientas o conocimientos científicos o técnicos para aplicar conceptos jurídicos indeterminados, pues en este caso el recurso a criterios técnicos da lugar a un único resultado cierto, mientras que tratándose de aquella el empleo de los mismos no conducen a soluciones unívocas, subsistiendo entonces un margen de subjetividad u opinabilidad que caracteriza la discrecionalidad técnica y a su vez la diferencia del margen de elección conforme al interés público que caracteriza la discrecionalidad administrativa propiamente dicha, si bien ambos tienen en común el pertenecer al ámbito de oportunidad que resulta insusceptible de control judicial. SANDULLI. *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974, pp. 403 a 405. Citado de Cfr. MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad Administrativa*. Pág. 278.

que el control de la aplicación de aquellos no incluye el de la valoración que la autoridad administrativa hace de un interés público. Esto ocurriría si se trata de constatar la existencia de una circunstancia de naturaleza técnica sin que posteriormente la administración tenga que valorar en qué medida ella afectará al poder público o cuando la actividad administrativa debe desplegarse conforme a unos criterios técnicos que ya han sido elegidos. Los problemas derivados de la aplicación o uso de los medios técnicos -distintos por tanto de la elección del medio-, son de naturaleza exclusivamente técnica y habrán de resolverse, en consecuencia, de acuerdo con criterios meramente técnicos; en todos estos supuestos no existen discrecionalidad, pues si por esta se entiende la facultad de apreciar el interés público con el propósito de valorar la oportunidad y el contenido de la actividad administrativa, ello no ocurre tratándose de discrecionalidad meramente técnica y – por tanto la expresión es errónea, en cuanto encierra una contradicción en sí misma, pues “discrecionalidad” y “técnica” vendrían a ser conciliables- por tanto en la exposición de Alessi lo que queda claro es que la inclusión de conceptos técnicos en una norma jurídica no supone per se la atribución de facultades discrecionales a la administración para que determine, libremente, si se da o no se da el concepto, pues este es un problema técnico; cosa distinta es que la norma que incluye el concepto no provea como automáticas las consecuencias que han de derivarse de la operatividad de aquel, dejando a la administración posibilidad de decidir las con base en criterios de oportunidad, supuesto en el cual ciertamente podría haber discrecionalidad, pero derivada de la norma misma, no de la simple utilización que ella hace de un concepto<sup>33</sup>.

En suma, el factor relevante para atribuir a la administración, esa facultad de valoración técnica, última de los hechos, que representa más adecuadamente que otros órganos estatales, los valores e intereses actuantes en la sociedad. Pero ese factor no opera apriorísticamente, de manera que haya que entender que ante cualquier valoración técnica será menester admitir que el ordenamiento ha asignado a la administración la responsabilidad de adoptar la decisión final. Marzouli citado por Hernandez entiende que es necesario examinar cada supuesto concreto, llevando a cabo una tarea interpretativa que permite comprender si el legislador ha tenido o no la intención de atribuir el mencionado poder decisional a la administración, tarea interpretativa en la cual deben ser tenidos

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

especialmente en cuenta la naturaleza de los hechos y el interés al cual el legislador ha querido conceder preferencia en el caso concreto<sup>34</sup>. Para Marzouli, por consiguiente, el quid de la cuestión radica en establecer a quien corresponde la decisión última cuando deba efectuarse una valoración técnica, en función de que la instancia ofrezca la mejor garantía de los intereses y principios propios de un sistema político democrático y pluralista. Si, atendidas las circunstancias del caso concreto y de la normatividad aplicable, resulta que la actividad técnica de la administración se muestra como la más idónea, al efecto esa valoración técnica operará como un ámbito decisional, de naturaleza jurídica diversa a la discrecionalidad administrativa, pero igualmente ajeno a un control judicial exhaustivo –positivo o sustitutorio– dado el carácter opinable del asunto y la conveniencia de hacer prevalecer la solución administrativa por su mayor capacidad para apreciar adecuadamente – en el supuesto concreto, se reitera –los diversos intereses involucrados.

- **Los límites de la Discrecionalidad**<sup>35</sup>

Como es manifiesto en la doctrina en general, la irreversibilidad de los actos administrativos no es lógicamente concebible en un Estado Social de Derecho; es decir, el control y los límites jurídicos a las facultades discrecionales corresponden a un Estado Social de Derecho, a la revisión de manera pragmática de los actos de la administración. Los límites generales de la discrecionalidad, según el profesor CASSAGNE son la razonabilidad, la desviación de poder, la buena fe y principios generales del Derecho; sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-525 , 1995 ha manifestado como límites también, el principio de la racionalidad y razonabilidad.

La razonabilidad da cuenta de que los actos jurídicos se sustentan con fundamento en el derecho o hecho, en la proporcionalidad adecuada entre el medio y el fin que se persigue; estos últimos hechos probados en el proceso o expediente y la existencia del mismo. La llamada causa del acto puede estar mencionada en el acto o por fuera del acto administrativo, pero de ella se denota

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 230.

<sup>35</sup> Deben diferenciarse los conceptos de legitimidad y oportunidad, y las facultades regladas y discrecionales, puesto que el control de legitimidad (control de legalidad) abarca las facultades regladas y discrecionales, le es atribuible a la administración revocar sus actos administrativos por ilegales o por inoportunas, mientras que al juez sólo por razones legales o de legitimidad, (en Colombia) debe revisarse los actos Administrativos de carácter particular que deben ser demandados mediante acción de lesividad; la administración demanda sus propios actos .

externa al acto; por tanto, la falsa causa o falta de causa puede validarse por medios probatorios (testimonios, pericia, entre otros,), y la falta de motivación o motivación insuficiente, es un vicio autónomo que “per se” ilegítima el acto jurídico; en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado La Corte que ella

Hace relación a un juicio, raciocinio o idea que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. (Corte Constitucional, T-445, 1994)

La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.

En Colombia, La Corte Constitucional en sentencia C-525, 1995 ha señalado dos elementos importantes en la discrecionalidad:

- i. La adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional. “La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él.”
- ii. La proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. “La proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho.”

En este sentido, la discrecionalidad resulta ser relativa y nunca absoluta, y dentro de lo cual señala como límites la **MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO**. El Tribunal Superior Constitucional Colombiano en sentencia SU-917, 2010 avala que algunos Actos Administrativos no se deben motivar como característica de la discrecionalidad relativa<sup>36</sup> y cuando dé lugar a la

---

<sup>36</sup> Destaca como principales el nombramiento y retiro de ministros, directores de departamentos administrativos y agentes del Presidente de la República, los de libre nombramiento y remoción

aplicación, destaca la Corte Constitucional en sentencia C-484, 1995 que debe ejercerse como discrecionalidad restringida.

- **Discrecionalidad y Arbitrariedad.**

De las disertaciones anteriormente expuestas y atendiendo a los conceptos y parámetros delimitados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, podemos extraer que la discrecionalidad no implica arbitrariedad<sup>37</sup> al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad desarrollados en reiterada jurisprudencia de la máxima autoridad constitucional colombiana. Por lo que es claro que la discrecionalidad no puede entenderse como regla general, sino como excepcional.

Es cierto que existen líneas delgadas entre la demarcación de cuándo una autoridad está obrando dentro de una facultad discrecional y cuándo esa misma autoridad entra en un ejercicio arbitrario<sup>38</sup> de las facultades a ella encomendadas; sin embargo, la Corte Constitucional ha sido clara en precisar que, a pesar de que los servidores públicos cuentan en numerosos casos con un margen importante de movilidad para adoptar una decisión determinada,

Se observa que se trata de una libertad con límites. Ciertamente, la holgura en la apreciación no comporta arbitrariedad ni subjetividad; incluso en los aspectos estrictamente objetivos, el funcionario ni siquiera se puede separar de la realidad. Sólo en los apartes que permitan un juicio de valor o de ponderación o de prioridad, y solo allí, el agente puede optar por una vía determinada. Pero aún en esta decisión el servidor público se encuentra vinculado por el juicio de razonabilidad. Según dicho juicio, el agente responsable de adoptar la decisión puede separarse de los informes técnicos, pero rebatiéndolos expresamente con argumentos técnicos razonables, que denoten inteligencia y prudencia. (Corte Constitucional, C-071, 1994)

A este respecto el jurista argentino Marienhoff (1988), afirma que:

---

<sup>37</sup> Conocida en España como ley de Encaje.

<sup>38</sup> Desviación del poder o falsa motivación o inmotivando el acto administrativo que debe proferirse.

Por cierto, no es posible confundir 'discrecionalidad' con 'arbitrariedad'. La primera está rodeada de 'juridicidad', la segunda de 'antijuridicidad'. La arbitrariedad es conducta antijurídica de los órganos del Estado... La diferencia entre acto discrecional y acto arbitrario es evidentemente 'teleológica'. La arbitrariedad, se ha dicho, hace caso omiso de los fines de la ley para evadirlos o contrariarlos.

Atendiendo a los criterios esbozados, cabe recalcar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe una jerarquía de normas que delimitan el actuar de las autoridades administrativas en su ejercicio discrecional, contando igualmente los administrados y cualquier posible afectado con actuaciones abiertamente arbitrarias de la administración, con los recursos y acciones ya sea en vía gubernativa o en lo jurisdiccional, para controvertir dichas transgresiones.

Así, el concepto francés de oportunidad<sup>39</sup>, permite controlar por parte del Juez la apreciación de los hechos, los actos arbitrarios o de errores de apreciación por los cuales se toma la decisión o se escoge una de las posibilidades.

En este sentido, nuevamente la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-031, 1994, nos da sus luces sosteniendo que:

*“(...) Dentro de la facultad discrecional el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder, contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de Derecho.”*

- **La Facultad Discrecional y la Teoría de las Nulidades.**

---

<sup>39</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, ibídem. Página 124.

Los actos jurídicos son para Jézé, una manifestación de voluntad y el ejercicio de un poder legal<sup>40</sup>; por consiguiente, las decisiones o aclaración de voluntad que produce un efecto jurídico de un sujeto de derecho, según Enterría E. G. tienen su origen en Francia en el Derecho Privado, en el derecho civil en donde es considerado como una verdadera teoría general del derecho, en el que implica entre otras, el análisis de los actos jurídicos en su validez (teoría de la invalidez bajo las categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa); menciona el profesor García de Enterría, que el efecto inmediato de la nulidad es la ineficacia, sin necesidad de intervención del juez o cuando ella se solicite en el supuesto para vencer la eventual resistencia de un tercero. Explica que la nulidad absoluta es de carácter general; por tanto es susceptible el oponerse cualquier persona, sin que medie petición de parte del juez quien debe apreciarla *ex officio* y en cualquier momento, y por tanto, su acción no caduca ni prescribe. La nulidad absoluta no puede sanearse puesto que no está en la esfera de la autonomía de la voluntad y supone que traiga como consecuencia la nulidad de los actos superiores; la nulidad relativa tiene unos efectos restringidos y provienen de la autoridad, de la voluntad de las partes y la seguridad jurídica; por tanto, sólo a los afectados le es permitido oponerse dentro de un plazo y su falta de reacción o ejercicio de la nulidad o el consentimiento de las partes sana el acto; ahora bien, esta teoría dentro del campo del Derecho Administrativo le es aplicable a las exigencia del actuar de la administración que persigue el interés público y por tanto, los actos se presumen válidos, situación que en palabras del profesor Penagos, el actuar de la administración se determina bajo el principio de legitimidad; ello implica que los actos administrativos, es decir, del Derecho Público son inmediatamente eficaces y de inmediato cumplimiento; el profesor DE LAUBADÉRE, considera que los actos de la administración gozan de un privilegio, el cual debe tenerse por válido mientras el juez no lo invalide (Presunción IURISTANTUM<sup>41</sup>).

---

<sup>40</sup> Se clasifican en actos jurídicos creadores de situaciones jurídicas generales, actos jurídicos de situaciones particulares, actos condiciones y actos jurisdiccionales.

<sup>41</sup> En Colombia el decreto 2733 de 1959 señaló que la decisión de la administración contraria a la Constitución, a la ley y al interés público debe revocarse en cualquier tiempo por la misma administración, pero cuando el acto haya creado una situación jurídica individual solo se podrá revocar con el consentimiento del particular; de lo contrario la administración deberá adelantar la acción de lesividad véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 2 de mayo de 1996. C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa. Sentencia del 16 de julio de 2002. Expediente No. 3751. C.P. Dra. ANA Margarita Olaya Forero.

## LIBRO II

### LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS

#### CAPÍTULO I

#### GENERALIDADES DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO PRIVADO

##### Origen y Evolución

Si bien las cláusulas consideradas como acuerdo de voluntades, se remontan al derecho romano, visto su origen en el Derecho privado civil, en donde se estipuló en el Imperio Bizantino, la práctica de la *Stipulatio poenae* (Zea, 2004) como la forma de plasmar la facultad del acreedor para determinar el valor de los daños y perjuicios por incumplimiento del deudor puesto que no se contaba con una figura o acción judicial contundente para la época, “como un medio apto para constreñir al deudor a cumplir lo pactado” (Piris, 2004).

En el derecho romano clásico existían básicamente dos clases de contratos o convenios, los verbales y los escritos; la *stipulatio poenae* pertenecía a la clase de convenios verbales realizados a través de una *stipulatio*, que era la forma o fórmula utilizada para dotar de acción al acreedor para exigir de su deudor el cumplimiento de su prestación, es decir hacer coerciblemente posible el cumplimiento de una promesa o estipulación, ya que en aquel momento la mayoría de los pactos carecían de acción para exigir su cumplimiento.

Posteriormente, al ser dotados los pactos o contratos de acción o fuerza obligatoria, por la justicia

pretoriana, fuesen estos verbales o escritos, la *stipulatio poenae* cumplió el fin de forzar o asegurar el cumplimiento de una obligación, sin importar esta cual sea.

El incumplimiento de los pactos era una conducta ampliamente repudiada en la sociedad romana, por lo que al Derecho Romano le interesaba punir tales actos a través de penas; en este sentido la doctrina expresa:

*“Por ello, la naturaleza jurídica de la stipulatio poenae es la de pena privada, la cual podía acumularse al cumplimiento de la obligación principal siempre y cuando esta no sobrepase aquello a lo que al acreedor le fuera realmente útil (Cruz & Bullard Gonzales, 1997).*

*Otro de los rasgos principales de la stipulatio poenae fue su carácter accesorio, ya que la figura jurídica siempre aspiró a persuadir al deudor al cumplimiento de lo que en un inciso se pactó.” (Pazos, 2010).*

Ahora bien; una vez expuesto sobre la naturaleza jurídica de la *stipulatio poenae*, veamos las fuentes jurídicas romanas, a fin de señalar y ampliar algunos aspectos principales de la figura jurídica de la *stipulatio poenae*.

Para ello, tomamos como referencia el **Corpus Iuris Civilis** documento clave para el entendimiento del Derecho Romano, ya que engloba la jurídica romana, codificando la ley, la dogmática y la casuística romana alcanzada hasta los tiempos del emperador Justiniano.

En dicho documento se puede apreciar el carácter punitivo – sancionador que se le podía atribuir a la *stipulatio poenae*, siempre con la finalidad de disuadir al deudor del incumplimiento de sus pactos a favor del interés del acreedor y sobre todo del interés social de repudio frente al incumplimiento.

Otra característica principal de la *stipulatio poenae* fue su carácter accesorio y de refuerzo de los pactos o promesas.

El Código de Justiniano anotó: «PAULO; Sentencias, libro I.- Al pacto convenido suele en verdad agregarse la estipulación Aquiliana; pero es más favorable añadirle también una estipulación penal, porque si acaso se hubiere rescindido el pacto, puede pedirse la pena en virtud de lo estipulado»

Nótese que la *stipulatio poenae* tenía la función de reforzar el cumplimiento de los pactos e implícitamente era accesorio de ellos, aunque como ya anotamos, existiendo pactos que no tenían coercibilidad propia, la pena era el medio más adecuado para lograr que se cumplieran tal como lo menciona Lanery (1958).

Con lo expuesto podemos aseverar que el Derecho Romano privilegiaba y tutelaba al acreedor dotándolo de acciones para satisfacer su interés en el cumplimiento de las promesas hechas a su favor; la *stipulatio poenae* era parte de los recursos que existían para proteger al acreedor del incumplimiento, satisfaciendo su interés a través de la pena y disuadiendo a través de ella al deudor de incumplir sus pactos.

Igualmente se evidencia en este fragmento, una característica particular y muchas veces olvidada en situaciones de inejecución de obligaciones, que es la de la prueba de los daños y el interés que cada parte tiene en el cumplimiento; la *stipulatio poenae* ofrecía una salida a este problema, fijando de antemano una cantidad de dinero que satisficiera el interés del acreedor.

Otro de los aspectos relevantes de la *stipulatio poenae* era su inmutabilidad: si bien no existen argumentos para sostener que en el Derecho Romano la *stipulatio poenae* podía ser moderada por el juez a solicitud del deudor por considerarla excesiva, sí podían ser anuladas o moderadas las penas privadas que ocultaban intereses ilícitos, como por ejemplo el pacto de intereses usurarios; así podemos citar lo siguiente: “EL MISMO [SCAEVOLA]: Pandectas, libro X.- Nadie puede estipular en lugar de los intereses una pena, que sea superior a la cuantía lícita de los intereses.”

Seguido a esto es necesario destacar la importancia del Derecho Francés en la evolución histórica de la cláusula penal, la cual está dada por la influencia que el Code Napoléon (Promulgado el 17 de febrero de 1804) tuvo en las legislaciones de aquella época y que marcó un hito en el desarrollo

de la ciencia jurídica – tan igual como lo fuera en su momento el Código de Justiniano o Corpus Iuris Civilis – y, sobre todo, porque marcó la recepción moderna del valor jurídico del Derecho Romano en las sociedades modernas del siglo XIX.

En este punto, el derecho francés se aleja de la estructura de la *stipulatio poenae* romana<sup>42</sup> que tenía la misión primordial de reforzar el cumplimiento de los pactos y tutelar el interés del acreedor.

Así las cosas, la cláusula penal del derecho francés rompía con la tradición romana de la que extrajo la figura jurídica y fue transformada hacia una estipulación para el establecimiento antelado del monto de los daños y perjuicios. Sin embargo, se siguió la tesis de inmutabilidad absoluta.

Analizando el Code Napoleón podemos apreciar con detenimiento el irrestricto respeto a la autonomía de la voluntad en los contratos. En el Libro III – Maneras de adquirir la propiedad, Título III – De los contratos o de las obligaciones convencionales en general, Capítulo IV – De las diversas especies de obligaciones, Sección VI – De las obligaciones con cláusula penal, se señala: “Art. 1.226. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una convención, se obliga a alguna cosa en caso de incumplimiento.”

Para que la cláusula penal pueda forzar el cumplimiento tiene que ir más allá de la antelación (anticipada) del monto de los daños y perjuicios, como lo entienden los juristas romanos; la cláusula penal podía inclusive cobrarse conjuntamente con la obligación principal, cuando esa era su función, ya que como anotamos, la cláusula penal tuvo varias utilidades más un propósito común: forzar el cumplimiento y satisfacer el interés del acreedor.

Tiempo después, los codificadores franceses del siglo XX, a través de las modificatorias al Code Napoleón de los años 1975 y 1985, ceden paso a la equidad y moderan el principio de autonomía de la voluntad, señalando el carácter de inmutabilidad relativa de los pactos entre ellos, la cláusula

---

<sup>42</sup> No obstante, como con el transcurrir de los tiempos el derecho romano aceptó que todos los convenios tenían fuerza obligatoria, sucedió que el juez adquirió la potestad de hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones, motivo por el cual se vigorizó el carácter indemnizatorio de esta cláusula.

penal; así en el actual artículo 1.152° del Code francés, se señala lo siguiente:

*“Artículo 1.152. Cuando la convención incluya que quien deje de cumplirla pagará una cierta suma a título de daños y perjuicios, no puede concederse a la otra parte una suma mayor ni menor. No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita.”*

La nota resaltante es el reconocimiento por el derecho francés, que la cláusula penal es una estipulación en favor del acreedor y a favor del cumplimiento de la obligación principal; en ese sentido, de operar la reducción, el criterio del juzgador debe tener presente quién es el favorecido por la penalidad y, no como equivocadamente se previó anteriormente, es decir, la sola consideración objetiva del monto de los daños y perjuicios y el monto de la penalidad.

Es menester revisar que doctrinal e históricamente se enuncia:

*La stipulatio poenae, facultaba al acreedor a compeler al deudor a cumplir con la obligación cuando esta no era susceptible de ejecución forzada, mediante el establecimiento de una pena para el caso de incumplimiento y a la vez fijaba el monto indemnizatorio de los perjuicios privados de esta inejecución. Su función era principalmente penal, dado que pretendía sancionar al infractor pero a la vez también cumplía un importante rol indemnizatorio, función que luego se desarrollaría enormemente (Piris, 2004).*

Para la época justiniana, la cláusula penal recibió significación de estimación anticipada de perjuicios y bajo este último concepto la institución hizo tránsito al derecho francés, por supuesto, con este único significado. En cambio, el derecho español antiguo, a pesar de que bebió en la misma fuente, conservó el viejo sentido de la *stipulatio*, de sanción contra el remiso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En los antecedentes históricos se reconoce la siguiente línea evolutiva: en una primer etapa como pena privada y con una función limitadamente resarcitoria en el derecho romano y en el antiguo derecho hispánico; en un segundo estadio, principalmente como cláusula de evaluación convencional anticipada de los daños y con función limitadamente punitiva en el antiguo derecho francés, y finalmente, como una institución mixta que participa igualmente de los caracteres punitivos y resarcitorios, en el Código Civil francés y en la mayor parte de las legislaciones de nuestro continente.

Esta dicotomía no deja de ser curiosa, si los dos ordenamientos provienen del mismo tronco; pero don Andrés Bello, el gran codificador civil de América, teniendo en cuenta tanto el Código napoleónico, como las Siete Partidas y el Digesto, según Fernández (1987), además de los estudios doctrinarios de la época dio claridad a dicha bifurcación. De ahí que entronizara en el Código chileno (y en el nuestro por contera) otras funciones para la cláusula penal, según se lee sin dificultad en la propia definición de la figura, consagrada en el artículo 1592 del Código Civil nuestro y en el 1543 del Código Civil chileno.

En el derecho moderno, al cual contribuyó en gran medida don Andrés Bello, la cláusula penal constituye principalmente una estimación anticipada de los perjuicios que el incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato pueda irrogar al contratante obsecuente con las suyas. A esa conclusión han llegado casi al unísono la doctrina y las jurisprudencias nacionales y extranjeras, aún en aquellas legislaciones en que las normas no apuntan muy claramente en esa dirección (España, Uruguay y Argentina). Y, además, se reconoce a la institución funciones de apremio a las partes a obedecer lo convenido y como garantía de que el contrato se cumplirá. Estas últimas funciones tienen una inspiración pragmática sin duda, pero muy importante en la realidad del tráfico cotidiano de bienes, pues la estipulación se traduce en un verdadero constreñimiento para los contratantes a abstenerse de infringir lo pactado, al tiempo que avala el cumplimiento de la obligación.

### **CLÁUSULA PENAL EN FRANCIA, ESPAÑA Y ARGENTINA**

Siendo conocedores del innegable legado que en el ámbito jurídico hemos heredado de los países europeos, nos permitimos dar una mirada al tratamiento dado a esta figura en ordenamientos jurídicos de otros países en los que ha tenido amplio desarrollo.

Presentamos la cláusula penal especialmente en Francia, España y Argentina, países que han influenciado el desarrollo y configuración histórica y legal de la misma, además de afectar la visión que en nuestro propio ordenamiento se le da a esta figura.

- **Cláusula Penal: Francia**

Francia es un país con un entorno organizativo y, sobre todo, legislativo, que tiene algunas similitudes con el colombiano, dado que Colombia ha usado muchas veces los sistemas franceses como modelo para los suyos propios.

En la época clásica de este sistema, el principal empleo de la estipulación penal era el de caucionar aquellas promesas, que no alcanzaban obligatoriedad “*jure civile*”, como las contraídas por los incapaces y las emanadas de los simples pactos en que no se hubieren observado las solemnidades legales, y de conformidad con lo dicho por Vitores (2009), al paso que en el derecho moderno esa función se habría transformado y reducido a la de la estimación anticipada de los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación.

En Francia, encontramos la cláusula penal regulada en los artículos 1226 al 1233 del Código Civil francés, donde “La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a algo para el caso de incumplimiento”, por lo tanto se tiene como indemnizatoria, y al mismo tiempo se le reconoce carácter conminatorio; pero la garantía que reporta debe tener una cierta relación con el perjuicio sufrido; en la doctrina anterior al Código civil francés, DUMOULIN expresaba que su cuantía debía ser reducida por el juez siempre que sobrepasara el doble del valor del objeto de la obligación<sup>43</sup>, pues en otro caso no podría considerarse simplemente una indemnización pagada anticipadamente, JEAN DOMAT<sup>44</sup> entendía

---

<sup>43</sup> Ob. Dicta CASTRO VITORES, Germán de. Pág. 51.

<sup>44</sup> Jurisconsulto francés, nacido en Clermont-Ferrand en Auvernia. Es el responsable del movimiento racionalista en la Francia del siglo XVII, y le dará un impulso decisivo. Fue abogado del rey en el présidial de Clermont, y consagró toda su vida al estudio de la jurisprudencia y el derecho. Compatriota y amigo de Blaise Pascal, Domat pertenece al movimiento jansenista de Port-Royal. Domat tuvo un objetivo: presentar al derecho francés como una unidad coherente e inteligible. Para él, todas las disfunciones proceden de “la incertidumbre de las normas”, del “desorden de las leyes”. Desea racionalizar el derecho francés, y para eso, sigue el movimiento de codificación de los principios generales comenzada con Charles Dumoulin (1500 - 1566).

que las penas convencionales están sujetas al arbitraje del juez, y POTHIER considera que el juez habría de reducir la pena excesiva, con base en el equilibrio del contrato para evitar un enriquecimiento injustificado.

El Código civil francés, entró a variar esta situación, proclamando el principio de intangibilidad de la pena. En la regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, el Código civil, en su redacción originaria, preceptuaba “*Cuando la convención establezca que quien incumpla pagará una cierta suma a título de indemnización, no puede concederse a la otra parte una cantidad mayor o menor*”. Este precepto, se refiere a una fijación convencional de la indemnización, pero entendida en un sentido distinto a otros sistemas: no significa hacer un cálculo anticipado que luego pudiera o debiera reajustarse si se revelara equivocado, sino la consagración de la fuerza de ley del convenio, (en el sentido de la *stipulatio poenae romana*), que puede servir para agravar o atenuar la responsabilidad. De acuerdo a esta regla, la previsión convencional de una indemnización puede llevar consigo una penalización, precisamente porque puede concretarse en una cantidad que exceda, incluso notoriamente, el daño previsible y efectivo.

Es así como encontramos, una continuidad entre la afirmación contenida en este precepto y la figura de la cláusula penal de los arts. 1226 y ss., que recupera o refuerza su dimensión punitiva, y es concebida al mismo tiempo como indemnizatoria. La indemnización convencional sirve como vehículo de la pena privada, y a la inversa, la cláusula penal constituye el vehículo del resarcimiento.

En Francia existe la posibilidad de modificar judicialmente la cláusula en caso de incumplimiento parcial (art. 1231: “la pena puede ser modificada por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte”); debido a la prohibición de cúmulo del cumplimiento de la obligación principal y la pena, (art. 1229),<sup>45</sup> si se ha recibido el cumplimiento en parte, correlativamente no cabe que luego se reclame, en su totalidad, esta; en Colombia art 1596 C. Civil, si el deudor llegare a cumplir solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, se le

---

<sup>45</sup> Ob. Dicta CASTRO VITORES, Germán de. Pág. 52.

rebajará proporcionalmente la pena estipulada, sin que se le atribuya esta función específicamente al juez.

En la segunda mitad del siglo XX, el principio de inmutabilidad dio lugar a situaciones muy gravosas para los deudores, en contratos predispuestos de compraventa de bienes muebles a plazos y especialmente en contratos de leasing. Se predisponía, por ejemplo, que en el primer incumplimiento de una de las prestaciones debidas, el contrato se resolvería inmediatamente y el locatario pagaría, a título de pena convencional, todas las prestaciones por él debidas hasta el final del contrato. La doctrina y los tribunales intentaron solucionar el conflicto a favor del deudor, utilizando argumentos como la idea de justicia y equidad (equilibrio contractual, enriquecimiento injusto), el abuso del derecho, el fraude de ley, la prohibición de acumulación de la pena con la ejecución forzosa específica o por equivalente, la inexistencia de causa. Finalmente un informe de la Corte de Casación denunció los defectos de la normativa, y manifestó que las cláusulas en los contratos de leasing eran «temibles y a menudo demasiado rigurosas», a pesar de lo cual el Tribunal no tenía más remedio que proclamar su validez, “que es jurídicamente cierta, a falta de una intervención del legislador”.

Todo ello motivó las importantes reformas operadas por las Leyes de 9 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1985, de los artículos 1152 y 1231 CCF, permitiendo la reducción de la pena aun en los casos de incumplimiento total. Se añade el siguiente segundo párrafo al art. 1152: “Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena que haya sido convenida, si es manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria se reputará no escrita”. Es la Ley de 11 de octubre de 1985 la que completó la reordenación dejando claro que la revisión de la pena no requiere instancia de parte, puede hacerse de oficio. El art. 1231, precisando la redacción anterior, prevé la disminución proporcional de la pena por cumplimiento parcial “en proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del art. 1152. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”; en relación con el art. 1231; en su nueva redacción, señala THILMANY, toma carta de naturaleza definitivamente la función conminatoria de la pena (que antes resultaba, indirectamente, de su intangibilidad art. 1152, aunque la cláusula usualmente pudiera explicarse como liquidataria).

En atención a esta idea indemnizatoria, cuando la jurisprudencia disminuía la pena por cumplimiento parcial, atendía a los daños reales. Sin embargo, la disminución proporcional del art. 1231 puede, sin duda, dar como resultado una cuantía superior al daño sufrido.

La regulación en Francia de la contratación con las Administraciones Públicas está recogida fundamentalmente en el Code des Marchés Publics. En los últimos años ha habido muchos cambios en este Código, cambios que se han sucedido rápidamente; el texto actualmente vigente (République Française, 2006a). El Code des Marchés Publics abarca tres grandes tipos de contratos: los de obras, los de suministros y los de servicios (y, dentro de estos últimos, los de servicios de arquitectura e ingeniería).

En Francia, en el Código de contratación pública, no es posible establecer lo referente a las cláusulas penales como tales; nos encontramos con unas garantías que son oponibles a la autoridad contratante y unas fianzas provisionales o definitivas, pero no se refiere estrictamente a las cláusulas penales; lo que sí se establece es que los preceptos de este código se complementan con diversas cláusulas administrativas generales, siendo estas normas no obligatorias que definen la ejecución de los contratos de acuerdo a la naturaleza de los servicios afectados (obras, servicios estudio) y otras cláusulas denominadas cláusulas de especificaciones técnicas generales.

Por su parte, la legislación francesa, a pesar de haber abrevado de las fuentes romanas, concibió de manera distinta la referida cláusula, en tanto la percibe escuetamente como la indemnización de los perjuicios causados ante el incumplimiento de la obligación principal. Así, el artículo 1226 del Código Civil Francés la define como:

*“Aquella por la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a alguna cosa en caso de incumplimiento”; al paso que el artículo 1229 dispone que: “La cláusula penal es la compensación por los daños y perjuicios que ha sufrido el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. Éste no podrá reclamar al mismo tiempo la obligación principal y la pena, a menos que esta hubiera sido estipulada para el simple retraso.”*

Conviene precisar entonces, que el derecho francés minimiza (pero no extingue) su función aflictiva para, en su lugar, destacar perceptiblemente que es un mecanismo mediante el cual se liquidan anticipadamente los daños y perjuicios derivados de la inejecución de la convención.

- **Cláusula Penal: España.**

Respecto del trasegar histórico de la comentada estipulación en el Derecho Español, podemos empezar por afirmar que tiene marcada influencia en nuestro ordenamiento. La legislación ibérica, tras las invasiones bárbaras, tuvo dos fuentes normativas coexistentes: por un lado el Derecho germánico y, por otro, por supuesto, el romano. Sin embargo, es tangible que el Fuero Juzgo representa un posterior intento de unificación, y allí se advierten las primeras disposiciones en torno a la cláusula penal, destacándose su condición de pena en caso de incumplimiento de lo pactado, en cuanto se prevé que los contratos se celebran para ser ejecutados y que si se estipula una pena, esta se debe pagar en el evento en que no se cumpla lo estipulado; así mismo, como lo expresa Shafer y Ott (1991), ese estatuto recogió algunas reglas relativas a la estipulación punitiva excesiva.

Nos enseña la doctrina de Resnik (1998), al respecto:

*Posteriormente el Fuero Real desarrolló las disposiciones del Fuero Juzgo, precisando que la aludida estipulación se encamina a subrayar la fuerza vinculante de los contratos, sin hacer particular referencia a que la pena fuere un resarcimiento del daño. Subsiguientemente, se estableció que las penas no podían exceder del doble de las cosas prometidas en el contrato y que en el caso que esto sucediera, se consideraba nula tanto la pena como la obligación principal. Puntualmente se planteó que la pena no podía pagarse parcialmente; la pena debía pagarse en forma proporcional a lo que se debía. Finalmente, en las Siete Partidas se define la aludida clausula como la pena que es puesta a placer de ambas partes y que tiene como propósito concederle firmeza a las promesas; en ese orden de ideas, es tangible el rol punitivo que ese estatuto le atribuye, puesto que pretende generar temor al incumplimiento, sin que fuere su objetivo indemnizar perjuicios. Concretamente, señalaba la Quinta Partida que: “muévanse los hombres a poner esta*

*pena en las promisiones porque aquellos que prometen dar o hacer alguna cosa, sean más acuciosos a cumplir la promisión, por miedo a la pena.*

Tan notable fue esa perspectiva, que allí se precisaba, igualmente, que las penas que fueren en contravía a las buenas costumbres no tenían validez, como tampoco las que se pactaran en contra del derecho y que podían existir eventos en los que el deudor, por no estar en capacidad de cumplir, podía ser eximido de pagar la pena cuando tal incumplimiento no fuere atribuible a su voluntad.

En España, actualmente la cláusula penal está contemplada en sus artículos 1152 a 1155, y es una medida que sustituye la indemnización de daños y perjuicios y el pago de intereses (salvo disposición contractual en contrario). La pena será posible de efectivizar cuando la obligación fuera exigible. Salvo convenio en contrario no puede optar el deudor por abonar la pena e incumplir la obligación principal, ni el acreedor (salvo que se hubiere pactado) no puede demandar en forma conjunta por el cumplimiento obligacional y el de la penalidad.

Recuerda e insiste Astudillo (2008), que en esta materia, como en toda la libre contratación, es fundamental atender a lo que hayan pactado expresamente las partes en el contrato en uso de la libertad contractual que les reconoce el artículo 1.255 a 1.155 del Código Civil; principio de autonomía de la voluntad.

En ejercicio de esa libertad, las partes pueden pactar la cláusula penal y sus clásicas funciones coercitiva y punitiva y además reclamar por los daños y perjuicios realmente sufridos; claros que para ello se tendrán que dar las siguientes condiciones:

- Que esta posibilidad haya sido pactada expresamente por las partes, sin que pueda nunca presumirse ni extender efectos más allá de la literalidad del contrato, precisamente por ser objeto de interpretación restrictiva.
- Que la parte que reclame cumpla con los requisitos exigidos para la cuantificación de los daños y perjuicios realmente sufridos (prueba del daño, cuantificación del perjuicio, nexo causal, etc.).
- Que los términos de la obligación estén perfectamente definidos, en el sentido de prever la entrada en juego de la cláusula penal solo en aquellos casos de incumplimiento propio o

total, o bien que también se engloben supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, en qué términos, etc.

Es facultativo del juez reducir la pena, si en parte hubiera sido cumplida la obligación por el deudor o se hubiera cumplido, pero irregularmente. La cláusula penal es accesoria a la obligación principal a la que sirve de medida coactiva. Desaparecida la obligación principal, desaparece la cláusula penal, pero no a la inversa.

Esto es lo que se conoce en España como “*la función moderadora de los tribunales*” establecida en el artículo 1154 del Código Civil que expresa: “...el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor” (Editorial Jurídica Sepin, 2010).

La norma hace referencia a dos aspectos fundamentales: el primero al carácter decisorio y potestativo del juez de revisar el cumplimiento del clausurado y la proporcionalidad de la pena impuesta de conformidad con el incumplimiento total parcial o defectuoso o moroso del contratista; de acuerdo al grado de cumplimiento será la sanción de manera ilustrativa es importante analizar la Sentencia del 5 de diciembre de 2003 del Tribunal Supremo que menciona:

*“No cabe moderación cuando el incumplimiento parcial era el previsto expresamente en le clausula penal. Podríamos seguir ahondando en esta cuestión que nos ofrece una gran riqueza de matices; ejemplo de ello, se observa que por tradición se habla de la facultad del juez de moderar la pena, y lo que establece literalmente el código es que : modificará equitativamente la pena, lo que permite la posibilidad de que el juez no solo moderaría la pena cuando fuere excesiva, sino que también podrá aumentar la cuantía de la misma cuando esta sea ridícula en comparación con el incumplimiento de que se trate.”*

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado que la cláusula penal debe ser objeto de una interpretación restrictiva, esta se aplicará a los eventos en los cuales se pretenda no solo la pena que se ha estipulado sino también la indemnización por los daños y perjuicios que se han podido

ocasionar, estableciendo que esta petición acumulada no puede ser estimada; solo lo será en el evento en el que se hubiere pactado expresamente por las partes dicha posibilidad<sup>46</sup>.

Con lo anterior reitera García (2009), la utilidad práctica de la cláusula penal, en el entendido de considerarla como un estímulo para el cumplimiento efectivo de las obligaciones y además se le considera como una figura que facilita la liquidación de los daños eventuales y los perjuicios, lo que beneficiará a la parte que se ha visto perjudicada por el incumplimiento.

- **Cláusula Penal: Argentina**

Pese a la denominación tradicional y también a la práctica que suele insertar en el contrato en que se contrae la obligación principal, lo cierto es que la cláusula penal no es propiamente una mera cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea (Alabart, 1999), un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal. Normalmente se reconocen tres funciones que justifican y dan relevancia a esta institución: la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor).

La cláusula penal es un contrato, aunque pueda pactarse simultáneamente en el mismo instrumento del contrato que genera la obligación principal. Lo es por cuanto llena todos los requisitos para satisfacer esta categoría jurídica: es un acuerdo de voluntades que produce obligaciones (art. 1438 CC).

El contrato penal es autónomo del contrato principal, pero con una autonomía relativa. Se trata de un contrato conexo, y más precisamente de un contrato accesorio, ya que no puede subsistir después de extinguida la obligación principal (art. 1442).

En este sentido, la cláusula penal es similar a otros contratos de garantía como la fianza, la prenda, la hipoteca o la anticresis.

---

<sup>46</sup> Ob. Dicta CASTRO VITORES, Germán

Suele distinguirse entre cláusula penal compensatoria y cláusula penal moratoria. La primera es aquella que tiene por función avaluar los perjuicios del incumplimiento total o parcial de la obligación, y la segunda tiene por finalidad asegurar los perjuicios del retardo en el cumplimiento.

Esta clasificación debiera, a nuestro juicio, perfeccionarse, teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los perjuicios que pueden ser resarcidos a través de la cláusula penal y los intereses del acreedor que la cláusula pretende tutelar. Nos parece que es necesario diferenciar dos tipos de cláusulas penales compensatorias. Por una parte, es posible que se pretenda asegurar lo que es el valor de la prestación incumplida (cumplimiento por equivalente) y por otro, que se intente resarcir los perjuicios conexos o consecuenciales al incumplimiento que son mayores al valor de prestación. Al primer supuesto, podemos llamarlo tal como lo hace Alsina (1997): pena compensatoria sustitutiva, mientras al segundo lo denominamos pena compensatoria indemnizatoria.

Finalmente, hemos de añadir la cláusula penal que es puramente punitiva. La posibilidad de pactar este tipo de pena es admitida expresamente por el Código si las partes así lo expresan, ya que se permite en caso de pacto expreso que se acumule la reclamación de la obligación principal o la indemnización de perjuicios ordinaria y cobrar adicionalmente la pena (arts. 1537 y 1543 CC).

En suma, podemos distinguir cuatro clases de cláusulas penales:

- 1º) Pena compensatoria sustitutiva
- 2º) Pena compensatoria indemnizatoria
- 3º) Pena moratoria
- 4º) Pena puramente punitiva

La pena punitiva necesita pacto expreso. La pena moratoria requiere que en el contrato aparezca que la pena se ha pactado por el simple retardo, de lo contrario se mirará como compensatoria. No existe regla sobre si la pena compensatoria debe ser presumida o solamente sustitutiva, indemnizatoria o simultáneamente sustitutiva e indemnizatoria. Si las partes no lo declaran expresamente, deberá ser materia de interpretación del contrato. Por regla general, creemos que

debe presumirse que la cláusula penal es comprensiva del valor de prestación y de todos los demás perjuicios conexos (es decir, a criterio de Cazeaux y Trigo Represas (1986), es a la vez sustitutiva e indemnizatoria).

Otro aspecto importante es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha admitido la “indexación” de las cláusulas penales cuando éstas se han visto afectadas por la inflación, y en concreto ha dicho que:

*En los supuestos en los que se reclama la cláusula penal que tiene por objeto el pago de una suma de dinero, no se descarta la posibilidad de actualizar los valores cuando medie mora del deudor, pues juegan a este respecto razones que hacen a la plenitud de la función resarcitoria que tiene la cláusula penal, que se vería sustancialmente afectada si no se computasen los valores reajustados equitativamente en función de la realidad económica (Sentencia , 1979).*

### **Tratamiento Jurisprudencial en el Derecho Privado en Colombia**

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre estas figuras en la jurisdicción ordinaria hemos de empezar por aclarar que la figura de las multas ha sido tratada exclusivamente en el Derecho Público dado que en el Derecho Privado se parte de un principio de igualdad entre los contratantes que no da cabida a la misma.

Sin embargo, y aunque en el contrato privado no se apliquen las multas, existe la figura de la cláusula penal que ha sido, desde su nacimiento, una institución indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Al tener, la figura de la cláusula penal, su génesis en el Derecho Privado, como ya lo hemos expuesto, es de gran importancia el presentarles el desarrollo de los pronunciamientos del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

La producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la cláusula penal es bastante prolífica y ha contemplado numerosos aspectos de su concepción y aplicación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del H. Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, en Expediente 1100131030011999-01493, 2005, concluyó lo siguiente:

*“Baste indicar, en orden a comprobar lo último, que al declararse terminado el contrato de arrendamiento, por haberse cumplido lo estipulado en la cláusula octava, el sentenciador expresamente señaló, a raíz de las excepciones del demandado, las cuales declaró infundadas, que “el artículo 2003 del C. C. no es aplicable en este asunto, pues de hacerlo así estaríamos frente a una doble sanción por el mismo hecho”. Aspecto que en el nuevo proceso se revive al decirse que la cancelación del valor de tres rentas de arrendamiento, conforme se pactó en la cláusula octava, no exoneraba el pago de las rentas por el tiempo que faltaba para la duración del arriendo.”*

En otro fallo la Corte Suprema de Justicia, igualmente con ponencia del Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, Expediente 1100131030011999-01493, 2009, al resolver una acusación de violación directa de los artículos 1594 y 1596 del Código Civil, en donde los prometies vendedores, que habían cumplido parcialmente la obligación principal de pagar el precio estipulado, se les impuso el pago total de la cláusula penal, alegando los casacionarios que debió haberse aplicado una rebaja proporcional, conforme lo establecido en el artículo 1596, según el cual “si el deudor cumpliere solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada, por falta de cumplimiento de la obligación principal”, decidiendo la Corte que:

*“1.- Cumple, para resolver la acusación, dejar sentado que conforme a la promesa de compraventa, estipulación cuarta, la pena de que se trata fue pactada para resarcir los “perjuicios que por incumplimiento a cualquiera de las cláusulas se puedan ocasionar a su extremo contractual sin necesidad de requerimiento alguno al cual renuncian las partes”, es decir, que se hacía exigible por el simple retardo.*

*Al solicitarse, en el cargo, la reducción de la cláusula penal en un porcentaje igual al precio pagado del contrato prometido, esto supone que los recurrentes aceptan que se sustrajeron a honrar lo pactado y, a su vez, que estaban obligados a resarcir los daños irrogados a la otra parte, dado que el artículo 1546 del Código Civil, faculta al contratante cumplido a solicitar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.*

*Se entiende, asimismo, que al condenarse el pago de la cláusula penal convenida, sin ninguna moderación, exigible, en todo caso, por el simple incumplimiento de una “cualquiera” de las obligaciones adquiridas, el Tribunal interpretó que dicha pena no aludía a la indemnización compensatoria, por no ser equivalente a la obligación incumplida. Desde luego que a ninguna conclusión distinta podría arribarse, en primer lugar, porque lo así estipulado únicamente alcanzaba el 5% del valor del contrato prometido, y en segundo término, por cuanto la demanda no se enderezó a la ejecución de las obligaciones incumplidas, sino a que se resolviera la promesa, con las restituciones de rigor”. (Corte Suprema de Justicia, 1100131030011999-01493, 2009)*

Dentro del desarrollo propuesto en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia, también se permitió precisar sobre los alcances de la cláusula penal según lo pactado, de la siguiente forma:

*“2.- El artículo 1596 del Código Civil, es cierto, establece que cuando el “deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”, pero desde ya se advierte que el precepto no es aplicable al caso, porque las pretensiones se enderezaron a resolver el contrato, lo cual de suyo es indivisible, y porque una declaración de esa naturaleza igualmente comporta la resolución del pago.” (Corte Suprema de Justicia, 1100131030011999-01493, 2009)*

También la Corte destaca que en tratándose de cláusulas penales la clase de incumplimiento podrá:

*“En el caso nadie pone en duda que los prometientes compradores cumplieron parcialmente la obligación principal de pagar el precio estipulado y esto explica la razón por la cual se ordenó a los demandantes que restituyeran, indexado, lo que habían recibido por ese concepto. Observa la Corte, sin embargo, que el pago fraccionado de esa obligación obedeció a que las partes, desde el comienzo, así lo habían estipulado, y que el*

*incumplimiento de los deudores en el excedente fue lo que precisamente frustró el contrato prometido.*

*Por lo tanto, al no quedar en pie, como consecuencia de la resolución judicial, ninguna proporción del acuerdo, no existe la posibilidad de aplicar reducción alguna de la pena, porque la pretensión que enderezaron los propios acreedores para aniquilar el contrato, implicaba no sólo que rechazaban que se completara el precio debido, sino que no aceptaban el realizado. De ahí que el sentenciador no pudo violar las normas de derecho sustancial citadas en el cargo, porque al desaparecer las obligaciones principales que adquirieron ambas partes, con relación a ellas, nada habría que exigirse ni menos rebajarse proporcionalmente”. (Corte Suprema de Justicia, 1100131030011999-01493, 2009)*

Igualmente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta vez con ponencia del H. Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena número de expediente: 68001310300120010038901, en la cual el censor le atribuía al fallo recurrido la violación de los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, por vía directa, por cuanto entendió que “la indexación no era aplicable a la cláusula penal contenida en el contrato de obra”; en este sentido la Corte se permitió exponer un amplio estudio sobre la *stipulatio poenae* o cláusula penal, comenzando por explicar las raíces o génesis de ésta cláusula, desde que era considerada una obligación condicional, según la cual:

*“Quien la acordaba asumía la promesa de satisfacer una prestación concreta a favor de otro en el evento en que determinado suceso previsto por las partes ocurriera o no. En efecto, la cláusula penal por un lado, se mostró como un mecanismo que obligaba al deudor a cumplir lo pactado, ya que si no lo hacía, tenía que pagar una pena, y por otro lado si el deudor no ejecutaba la obligación principal, el acreedor era indemnizado sin necesidad de comprobar el daño ni la cuantía del incumplimiento. En conclusión, la finalidad de la cláusula penal, en sus inicios, fue de carácter punitivo y no resarcitorio” (Corte Suprema de Justicia, 68001310300120010038901, 2009).*

En la misma sentencia, la Corte, posteriormente hace un análisis de las normas que consagran la institución de la *stipulatio poenae* dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y resaltan el hecho de que en el Código Civil no existe alguna que la conciba únicamente como la compensación de daños padecidos por el acreedor o que se circunscriba de algún modo en ese mismo sentido.

Por el contrario, en el artículo 1592 del Código Civil, establece que “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” en este caso asumiendo con ello un carácter punitivo. La corte precisa aspectos sobre los artículos 1593 y 1599 del Código Civil, para resaltar el aspecto aflictivo de la cláusula, al punto de ser exigible a pesar de que el acreedor no sufra mengua alguna por causa del incumplimiento del deudor o por alguna razón extraña, resultó beneficiado.

Resalta lo establecido en los artículos 1594 y 1600, ya que estos permiten a las partes acordar la cláusula con un signo punitivo, al posibilitar su acumulación con la reclamación de perjuicios, a la que subsecuentemente no sustituye.

De igual manera nos proyecta a modo de conclusión respecto de la consagración dada a la cláusula penal en el Código Civil, lo siguiente:

*En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues coexisten a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio...”*

*No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero. (Corte Suprema de Justicia, 68001310300120010038901, 2009)*

De la misma forma, esta Sala de Casación de Civil, sobre la diversidad en la orientación de la aplicación de la cláusula penal, puntualizó:

*“2. Todas las anteriores reflexiones se traen a colación para poder asentar sin vacilaciones, que si las cosas son de ese modo, es decir, que si la cláusula penal no puede reconducirse franca y exclusivamente a una mera convención resarcitoria antelada, toda vez que su contenido y función son variables porque comprenden aspectos de muy diverso calado, tampoco es posible aplicarle a rajatabla todas las reglas y principios que gobiernan la indemnización de perjuicios como si fuera este su único designio; desde luego que si ese ejercicio se emprendiera, muchos de ellos, y esto es innegable, resultarían abiertamente incompatibles con su naturaleza, entre otras razones, porque el concepto de indemnización es antagónico al de pena, toda vez que aquella comporta la reparación de los daños que se han ocasionado a otros y, en esa virtud, corresponde a la satisfacción pecuniaria enderezada a remediarlos, existiendo de por medio, hasta donde sea posible, una cierta relación de equivalencia. La penalidad, por el contrario, encierra, en lo medular, las nociones de coacción psicológica sobre el deudor (al momento de acordarse), y la de castigo cuando sobreviene el incumplimiento”*

*En consecuencia, la pena no se traduce per se en una indemnización porque su tasación supone siempre una prestación que, por su valor y función, puede y suele estar situada al emerge de la reparación de perjuicios.* (Subrayado propios y fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, 68001310300120010038901, 2009)

Por último, destacamos que decidió la Corte en esta ocasión sobre la corrección monetaria de la cláusula penal, destacando que la misma obedece principal y primigeniamente al respeto y ejecución de principios estructurales como a la equidad y el equilibrio contractual. Destacándolo así:

*“3. Ahora bien, no puede olvidarse que esta Corporación al momento de justificar la corrección monetaria de ciertas obligaciones ha concluido que así lo imponen obligatorios criterios de justicia y equidad, junto con aquilatados principios jurídicos como el del equilibrio contractual o el de la integralidad del pago.*

*El fundamento de la corrección monetaria, ha dicho la Corte, “no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístase, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal.”<sup>47</sup>*

*4. Si, como ha quedado expuesto, en la cláusula penal subyacen propósitos y designios distintos a los de constituir una mera tasación voluntaria y anticipada de los perjuicios e, igualmente, que nuestro ordenamiento también le reconoce una función conminatoria o punitiva que, en cuanto tal, no apareja necesariamente una relación de equivalencia o equilibrio entre su cuantía y el daño que pudo sufrir el acreedor (si padeció alguno)... (Subrayado propio y fuera del texto)*

*Como los contratantes al acordarla pueden efectuar la valoración de una pena que debe imponérsele al infractor de lo pactado, o la eventual estimación de la indemnización de un perjuicio futuro e incierto, es apenas lógico que busquen que ella cubra fielmente los propósitos que aguardan, y en esa medida suelen consultar las circunstancias previsibles que puedan afectarla... En consecuencia, en principio, los procesos inflacionarios razonables y reiterados no escapan al conocimiento y voluntad de las partes al ajustar la respectiva cláusula, a menos que se presenten importantes sobresaltos que alteren su proporcionalidad.*

*Otra cosa es que fenómenos inflacionarios, imprevistos o imprevisibles, supremamente graves, menoscaben la eficacia y las funciones que el ordenamiento le atribuye, en forma tal que pierda toda relevancia conminatoria o resarcitoria, aniquilando de ese modo el querer de los contratantes, caso en el cual podrá justificarse su indexación, conforme lo entiende autorizada doctrina, con miras a que cumpla cabalmente sus propósitos. (Corte Suprema de Justicia, 68001310300120010038901, 2009)*

---

<sup>47</sup> Sentencias de 9 de septiembre de 1999, abril 10 de 2000, 19 de noviembre de 2001, 18 de marzo de 2003, entre otras.

Sobre el particular tema de la indexación o ajuste de la cláusula penal, la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que:

*(...) siendo la cláusula penal una especie de auto tutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada “moderación”, razón por la que se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio. (...) Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, que de los intereses privados rige respecto de este tema el principio dispositivo que impide una actuación de oficio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4823, 2000)*

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

*Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser*

*diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4607, 1996)*

Como colofón de lo expuesto podemos señalar que la cláusula penal no es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes en contra de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retraso en el incumplimiento de la misma; el calificativo de penal no quiere decir que pertenezca al derecho penal, entendido como la defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendientes a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente particular; el concepto de pena comprende el derecho represivo y el derecho privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual.

## **CAPÍTULO II**

### **LA CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO ESTATAL**

Es pertinente comenzar reiterando el origen privado de esta institución, y que en la actualidad no existe norma específica que regule la cláusula penal para efectos de contratación estatal, que por lo tanto hemos de remitirnos a fin de determinar su noción, alcances y aplicación, a las normas generales del Derecho Civil.

El artículo 1592 del Código Civil Colombiano “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” siempre manteniendo el derecho que le asiste tanto al Estado como al contratista, es allí donde la Ley 1150 de 2007 entra a aplicar el derecho al debido proceso, en donde se podrá declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Esta se hará efectiva directamente por la entidad estatal pudiendo acudir para el efecto, entre otros, a los mecanismos de compensación

de las sumas adecuadas al contratista, cobro de garantías o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo la jurisdicción coactiva.

La cláusula penal se presume compensatoria, excepto que las partes digan otra cosa; igualmente sirve como una evaluación anticipada y convencional de los perjuicios que puedan causarse por el incumplimiento de las obligaciones, es decir que es un mecanismo mediante el cual la administración la puede incluir en el cartel siempre que las especiales circunstancias de la contratación y la satisfacción del fin público así lo recomienden.

La utilidad práctica de la cláusula penal es doble: puede llegar a tener una función liquidataria, desde el momento en el que las partes convienen una cláusula penal, esta cláusula presenta la utilidad para el acreedor de no tener que acreditar los perjuicios frente a una acción destinada a obtener su reparación; es más, el acreedor podría solicitar la indemnización de perjuicios a través del cobro de esta, sin que sea necesario ni requisito, que haya sufrido efectivamente perjuicio alguno, según lo expresa el artículo 1599 del código civil:

*“<EXIGIBILIDAD DE LA PENA>. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.*<sup>48</sup>

No obstante, según lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante podrá exigir la pena siempre y cuando no haya incumplido en sus obligaciones contractuales al momento de responder por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que sean imputables por el daño que pueda causar a sus contratistas, que en estos casos tendrá que indemnizarlo.

*Considera el Tribunal que las pretensiones de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas y las consecuenciales del restablecimiento del derecho conculcado, están llamadas a prosperar, pues, de una parte incurrió la entidad contratante en*

---

<sup>48</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 27 de septiembre de 1974.

*incumplimiento de sus obligaciones contractuales al omitir entregar al contratista los diseños requeridos para acometer la ejecución de la obra, a la fecha en que según lo pactado en el contrato debía iniciarse la ejecución, esto es, el 23 de enero de 1994, obligación a la que sólo dio cumplimiento parcialmente el 28 de marzo siguiente, colocando así a la contratista en imposibilidad de cumplir sus obligaciones y, de otra parte, incurrió igualmente en incumplimiento cuando se abstuvo de suministrar a la contratista las zonas necesarias para acometer el desarrollo de obras en tres de los frentes de trabajo, en razón a que en dos de ellos debía el IDU adelantar la construcción de obras de alcantarillado y en otro de éstos en razón a la indefinición respecto a si debían ser los constructores de la Urbanización Acuarela quienes debían o no asumir la construcción de un tramo de la vía contratada. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2005)*

Sin embargo el Código de Comercio en su artículo 871 contempla:

*“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley y la costumbre o la equidad natural.”*

A partir de este artículo podemos inferir que las sanciones no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra, lo que pondría de manifiesto un enriquecimiento sin causa.

### **Desarrollo Legal**

El régimen legal (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007), hace su referencia de aplicación al derecho; la figura de la cláusula penal se encuentra regulada por la legislación contemplada en el Código de Comercio y en el Código Civil, puesto que en el Estatuto de Contratación Estatal de 1993 no se encontraba estipulada; sólo hasta el año 2007 se hizo mención legal con la ley 1150; razón por la cual se debe remitir al derecho privado en virtud de lo dictaminado por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, siendo así que las entidades estatales pueden acordar las cláusulas penales reguladas por el derecho privado a las que se ha hecho mención.

Antes de la expedición del actual Estatuto de la Contratación Estatal, el Decreto Ley 222 de 1983, consideraba dos regímenes jurídicos aplicables a los contratos que celebraban la administración: el del derecho público y el del derecho privado. Se entendió, y así lo regulaba la ley, que era connatural al primero de ellos, que las entidades contratantes gozarán del derecho a incluir las potestades exorbitantes pues se estaba en presencia de contratos administrativos, mientras que en el segundo régimen su inclusión era excepcional y expresa.

La ley 80 de 1993 reguló la totalidad de la contratación bajo la categoría jurídica del contrato estatal; el artículo 14 determinó que las potestades excepcionales sólo se incluirían obligatoriamente en algunos contratos y de manera facultativa en otros prohibiendo su estipulación en los demás. De esta manera creó en la práctica dos especies de contratos estatales, aquellos que tienen las cláusulas excepcionales y los que carecen de ellas, lo que significa, para los efectos de este análisis, que el régimen del incumplimiento de los contratistas particulares es diferente según se cuente o no con estas potestades, especialmente la de caducidad administrativa, como se estudia enseguida. Se anota que si la parte incumplida es la administración, sus efectos se rigen por el artículo 50 del Estatuto General de Contratación de la Administración.

En jurisprudencia anterior del Consejo de Estado en relación con la figura jurídica de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los Contratos del Estado, se destacaba:

*En virtud de la Ley 1150 de 2007, queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento por lo cual podrán aplicar la cláusula penal directamente (Información Jurídica Especializada. Contratación Estatal, 2007).*

### **Imposición**

La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes, de los perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su obligación defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma; el calificativo penal no significa que pertenezca al Derecho Penal, entendido como la defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendientes a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente patrimonial.

El concepto de pena según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en 1979, comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual.

Las cláusulas penales prestan mérito ejecutivo y se podrán hacer las pólizas de seguros que discrecionalmente pueden exigir la Entidad contratante (el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho garante), entraría un tercero (garante) a discutir o controvertir en el proceso especial administrativo<sup>49</sup>. Tal como se dispone en el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente número 1748 del 2006, se hace exigible la cláusula a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, y la administración podrá cobrar su valor al contratista, sin importar que el incumplimiento o inejecución de lo pactado no haya generado perjuicio o beneficio a la Entidad Contratante en concordancia con el artículo 1599 del Código Civil; igualmente podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil.

Es necesario recordar que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

*“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se aprecia dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada*

---

<sup>49</sup> Entre tanto, en caso de que la garantía no fuese suficiente para el pago de los daños y perjuicios podrá repetir contra el Contratista y el garante.

*de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.”*

El Consejo de Estado fijó una línea jurisprudencial en materia de la facultad del juez para modular el monto de la cláusula penal pecuniaria, a través de los siguientes pronunciamientos: (Exp. 7757, 1995) (Exp. 10540, 2000) (Exp.24.225, 2004) y (Exp. 17009 de 2008).

Resulta importante citar algunos apartes de las sentencias anteriormente citadas:

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado a cerca de la disminución de la cláusula penal pecuniaria... Esta corporación ha estudiado la problemática disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo- en todas esas ocasiones- de conformidad con los art. 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, avaluando-para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante”*

En este sentido, mediante providencia del 20 de octubre de 1995, la Sección Tercera decidió un proceso, sentado en la siguiente tesis:

*De este modo, el Decreto 222 previó el incumplimiento del contratista como supuesto de hecho que podía dar origen a una de estas tres medidas dependiendo de la Entidad de dicho incumplimiento, de las conveniencias del interés público y de la vigencia o vencimiento del término contractual: la multa y caducidad, si el término estaba vigente; la declaración de incumplimiento si dicho plazo se había vencido, en los dos casos, seguidos de la exigencia de la cláusula penal pecuniaria que también figuraba entre las*

*exorbitancias de los contratos celebrados por el Estado. (...) Las consideraciones precedentes impiden la anulación del acto en virtud del cual se declaró el incumplimiento y se ordenó la cancelación de la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, no se puede dejar al margen la constatación de que algunas de las obligaciones contractuales fueron desarrolladas por el contratista y aceptadas por la Administración; en efecto, ya se anotó antes como las mayor parte de las obras contratadas fueron construidas por el contratista y recibidas por la Administración; en efecto, ya se anotó antes cómo la mayor parte de las obras contratadas fueron construidas por el contratista y recibidas por la Entidad estatal mediante un acta de recibo parcial y otra de recibo final de la obra, restando solamente algunos aspectos secundarios para los cuales, según lo estimaron los expertos que rindieron dictamen en el proceso, los dineros entregados por el Fondo resultaron insuficientes (Fls. 387 y ss. Del C. 1), asunto éste no contradicho por la Entidad pública. (...) En estas condiciones, la Sala encuentra que se ha configurado el supuesto fáctico para la aplicación de normas tales como el Art. 1596 del C.C. a cuyos términos: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal (...)” “La ley se preocupó en estos casos de salvaguardar la justicia frente a las consecuencias y efectos de la cláusula penal pecuniaria en cuanto éstos hacen alusión a la indemnización de perjuicios, pues es bien conocido que la cláusula en comento reviste de carácter de mecanismo de persuasión al cumplimiento y de garantía de las obligaciones contractuales. (Exp. 7757, 1995).*

Esta corporación ha estudiado la problemática de la cláusula penal en los contratos del Estado – En diferentes ocasiones- de conformidad con los artículos 1596 del Código civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por concepto, evaluando el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante. (Exp. 17009, 2008)

Además el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, establece que en la actualidad la cláusula penal, al igual que las multas, no se pueden cobrar directamente por la administración, sin contar con el contratista, antes de tomar cualquier determinación en relación con la cláusula penal que la administración pretende cobrar al contratista, ésta debe convocar al contratista a una

audiencia en la que hará conocer las razones y motivos que tiene para hacer efectiva la cláusula penal que se pactó en un contrato estatal.

El contratista por su parte, en dicha audiencia hará uso del derecho de defensa que le concede la ley. Explicará de conformidad a lo dicho Guitierrez (2010), sus puntos de vista y hará conocer de la entidad contratante sus opiniones sobre los motivos que esgrime la administración para hacer valer la cláusula penal y podrá presentar todas las pruebas que estime convenientes para acreditar ante la administración que ha cumplido el contrato en forma debida y que no hay lugar a que se le pueda aplicar la sanción de cobrarle la cláusula penal pactada. Lo anterior en relación al debido proceso tal como lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia por tratarse de un principio rector.

Igualmente, como ya lo hemos mencionado, la estipulación de la cláusula penal está regulada por los artículos 1592 a 1601 del Código Civil y el 867 del Código de Comercio, y a estas normas habrá de remitirse en caso de ser pactada en un contrato estatal. Si esta cláusula penal es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente número 1748 del 2006, podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil.

En tal sentido, la jurisprudencia ha sido enfática en demostrar que recae sobre la administración el deber de acoger el principio de legalidad, proporcionalidad y debido proceso al momento de imponer tal sanción, dando cumplimiento a los principios generales que se encuentran inmersos todas las actuaciones administrativas, todo lo anterior, dentro de los fines de un Estado social de Derecho.

### **Declaración Unilateral del Incumplimiento.**

En materia de contratación estatal y en los términos en que fue contemplada por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración solo en los

contratos administrativos regidos por las disposiciones del mencionado Decreto; poder sancionador de la administración contratante en los contratos regidos por el derecho público. Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales, estos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento, considerándolo de esta manera la jurisprudencia del Consejo de Estado en el expediente No. 12342 del año 2004.

Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí como se indica en la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, expediente No. 18410 del 2001, que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resultaba a todas luces improcedente.

No podía hacerse la declaración de incumplimiento pura y simplemente para hacer efectiva la garantía de cumplimiento. Durante la ejecución del contrato, la declaración de incumplimiento solo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato; y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de la cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente, sino que tendrá que acudir al juez del contrato, lo reitera la Corte Suprema de Justicia con expediente número 6631 del año 1992.

Se debe tener presente que el Decreto Ley 222 de 1983 – al igual que hoy acontece con la Ley 1150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que – previo pacto – impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas –al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad arts. 1596 del C.C. y 867 del C.Co., la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar- disminuyendo y aumentando- dicha cláusula. De allí que si el contratista

afectarlo con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa, previsto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-827 de 2001.

#### **2.4. Desarrollo Jurisprudencial.**

La cláusula penal se circunscribe en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siendo esta consecuencia de un incumplimiento que mereció la terminación de la relación contractual, la cual ha de aplicarse en caso de incumplimientos graves que atenten directamente con la ejecución de lo pactado; en palabras del profesor Luís Alfonso Rico lo siguiente:

*“Con la cláusula penal cuya exigibilidad por razones obvias sólo es procedente una vez terminado el contrato, las multas han de imponerse durante su vigencia dado que se orientan a sancionar inactividades o incumplimientos cuya densidad no pone en riesgo el fin de la Contratación Estatal, pero representan una sustracción ilegal del contratista al cumplimiento de sus obligaciones.”*

En relación con el incumplimiento y la exigibilidad de la cláusula penal, el Consejo de Estado, expediente número 6631 de 1992 con ponencia del H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo, puntualizó:

*“No podía hacerse la declaración de incumplimiento pura y simplemente para hacer efectiva la garantía de cumplimiento. Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento sólo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato; y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de la cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato. La administración se equivocó; debió hacer efectiva la cláusula penal. Para el efecto no le servía el acto mediante el cual impuso las multas. La orden de hacer efectiva la cláusula penal no se puede dar sino en el acto que declare la caducidad del contrato o en el*

*que declare el incumplimiento definitivo y no dentro de un acto de multa que sólo constata un incumplimiento parcial y que mira a que el contrato se ejecute y no que termine.”*

El Consejo de Estado en un nuevo pronunciamiento, por medio de Sentencia 1993-00931 de noviembre de 2014 se pronunció respecto a la declaratoria del incumplimiento y la cláusula penal en el contrato estatal, así:

*“El Decreto 222 de 1983, contemplaba también en su art. 72 la posibilidad que tenía la Administración de declarar -en los contratos administrativos- directamente el incumplimiento del contratista, es decir sin necesidad de declarar la caducidad, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria que había sido pactada en el contrato. Al respecto, la mencionada norma estipulaba:*

*“Art. 72.- De la cláusula Penal Pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.*

*La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”*

Tenemos entonces que en la anterior sentencia, la declaratoria de incumplimiento y la caducidad, son los sistemas de exigibilidad o imposición por excelencia, en vigencia del decreto 222 de 1983, para los contratos administrativos, pero no para las entidades descentralizadas por servicios (sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado), cuyo régimen de contratación son del derecho privado, e indicó que es el juez competente el encargado de declarar el incumplimiento y resolver las controversias contractuales.

Tras el anterior discurrir jurisprudencial el Consejo de Estado agrega:

*“De conformidad con lo estipulado en el artículo 1600 del Código Civil, “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o*

*la pena”, aunque en el evento de optar por la primera, deberá acreditar ante el juez el monto de los perjuicios realmente sufridos.*

*Resulta claro entonces, que en el régimen de derecho privado, primero deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado por las partes a título de indemnización de perjuicios en la cláusula penal pecuniaria del contrato.*

*De otro lado, en materia de contratación estatal y en los términos en que fue contemplada por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración sólo en los contratos administrativos regidos por las disposiciones del mencionado decreto; poder sancionador de la Administración contratante en los contratos regidos por el Derecho Público, sobre el cual la doctrina ha sostenido:*

*“...que al derecho de control que tiene la Administración Pública le corresponde como lógica consecuencia un derecho de sanción: no basta darle a la Administración el medio de comprobar las faltas de su contratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas, y esto se logra mediante las distintas sanciones admitidas por la ciencia jurídica.”*

Concordantemente, Bercaitz señala que: “Correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato es la potestad de sanción que también posee, consecuencia de su superioridad jurídica frente al contratante en esa ejecución”. Lo cual, traduce un verdadero poder disciplinario de parte de la Administración Pública y constituye otra expresión del estado de “subordinación” que crea el contrato administrativo para el co-contratante.

La multa y la cláusula penal son sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas, consistentes en el pago de una suma de dinero para el caso en que el co-contratante incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones debidas a su cargo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2004)

Es inequívoca la premisa descrita por el Consejo de Estado respecto de la fuente de la cual nace la obligación del pago de una respectiva cláusula penal, diciendo:

*“Las multas y la cláusula penal juegan especialmente en los contratos administrativos para los casos de mora en su ejecución por parte del contratante. Se aplican y se hacen efectivas directamente por la Administración.*

*Tanto la cláusula penal como las multas que se apliquen deben tener siempre por “fuente” al contrato o los pliegos de condiciones. Si se pretendiera sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad no integrante del contrato, implicaría apartarse del contrato, lo que sería una actividad evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica”.*

Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas, pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales estos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2004)

Se debe entender que el Consejo de Estado considera las cláusulas penales y las multas como una tasa anticipada de perjuicios por incumplimiento, bien sea por incumplimientos graves (a lo cual se le deben aplicar cláusulas penales) o incumplimientos leves (a los cuales se le deben aplicar multas).

Ahora bien en vigencia de la ley 80 de 1993 y derogado el decreto 222 de 1983, se debe aclarar que el nuevo estatuto no regulaba expresamente las cláusulas penales o las multas o similares, y remitía la regulación de los contratos a los Códigos de Comercio y Civil; sólo hasta la ley 1150 de 2007, se reguló al menos lo concerniente a la imposición o exigibilidad directamente sin declaración judicial, es decir, por más de catorce años el desarrollo sobre el tema fue jurisprudencial, en el que surgieron varios criterios:

- a. Tesis contractualista: las cláusulas penales y las multas deben pactarse como cláusulas especiales en el contrato y su declaración o cobro deben decretarse por el juez competente. El argumento principal se centra en la teoría de la voluntad de las partes y que las facultades excepcionales de la Entidad contratante desbordan este principio: No se puede ser juez y parte.

Según pronunciamientos jurisprudenciales, a partir de la jurisprudencia del 20 de octubre de 2005, según la cual la Sección Tercera del Consejo recoge la tesis sostenida en sentencias del 4 de junio de 1998 (exp.13988), y del 20 de junio de 2002 (Exp. 19488), en las cuales se argumentó que bajo la potestad de auto tutela otorgada por el Decreto 222 de 1983, contenida en las denominadas cláusulas exorbitantes, la entidad estatal podía declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; terminar todo lo anterior, puesto que a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, tal potestad fue derogada por lo que "...el poder exorbitante de declaración unilateral de incumplimiento desapareció como posibilidad autónoma, durante la vida del contrato o con posterioridad a su vencimiento, puesto que la administración no podrá declarar dicho incumplimiento sino como supuesto o apoyo para la declaratoria de caducidad del contrato.

En el fallo del 20 de octubre de 2005, la Sala de lo Contencioso Administrativo, si bien ratifica que la Ley 80 de 1993, excluyó de las denominadas cláusulas excepcionales del derecho común, estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado, concluye que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden pactar en el contrato las multas y la cláusula penal pecuniaria, pero:

1. No pueden pactarlas como cláusulas excepcionales.
2. Ni pueden imponerlas unilateralmente.

Por lo que, cuando habiendo sido pactada la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la Administración perciba un incumplimiento de las obligaciones contractuales, debía acudir al juez del contrato con el fin de solicitar la imposición de la correspondiente cláusula penal pecuniaria, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, por contera, para imponerlas unilateralmente.

Ahora bien, ante el evento del incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, la Administración en ejercicio de sus potestades legales de manera unilateral, únicamente puede acudir a la cláusula excepcional de caducidad, declarada mediante acto administrativo debidamente motivado, en el que además, dará por terminado el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Pero se advierte que no se trata de cualquier incumplimiento, sino de aquel que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.

Por el contrario, si el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista por no reunir los requisitos señalados en la Ley, no da lugar a la declaratoria de caducidad; la Administración debe acudir al Juez del contrato, esto es, la jurisdicción contencioso administrativa, para que declare el incumplimiento del mismo, tal como abarca el tema (Directriz Jurídica No. 07-2006, 2006)

- b. Tesis monopolista o exorbitante del Estado: las cláusulas penales y las multas, son obligatorias en el contrato y su cobro es unilateral por parte de la entidad contratante sin necesidad de declararse incumplimiento por parte del Juez. Su argumento principal es la facultad o potestad exorbitante de la Entidad Contratante como elemento básico para el cumplimiento de los fines del Estado, puesto que sin los instrumentos sancionatorios expeditos y excepcionales no se podrían garantizar y que llevar a revisión judicial pondría en riesgo los derechos colectivos y la legitimidad del Estado.

Por último es importante presentar la posición del alto Tribunal de lo Contencioso en cuanto a la potestad que le asiste a la administración de imponer la cláusula penal, lo cual fue dicho en los siguientes términos:

*“Se recuerda que las hoy conocidas como potestades excepcionales, denominadas en la literatura jurídica como exorbitantes, se caracterizan porque la administración goza de unos privilegios de origen legal, que en varios casos son ordenados directamente por la ley y en otros su pacto es facultativo; potestades que significan que entre la autoridad contratante y el particular contratista se genera una relación contractual, que en principio supone la igualdad de las partes, pero que también lleva ínsita una relación de subordinación, que significa que la administración puede, aún sin el consentimiento de su*

*co-contratante, imponer mediante acto administrativo debidamente motivado, la interpretación, la modificación o la terminación del contrato, y ejercer las atribuciones que se derivan de la institución de la caducidad administrativa en caso de incumplimiento. La preeminencia pública se refleja, no en la opción que surge para la administración, pues esta es la misma del derecho privado, sino en la posibilidad de realizar unilateralmente las acciones propias de la opción, es decir, la de caducar el contrato o la de adoptar las medidas necesarias para la ejecución del mismo. Si la administración se decide por la caducidad, es claro que la declara mediante acto administrativo que goza de los privilegios de la declaración previa y la ejecución oficiosa. Además, la misma norma que se comenta, le da a la caducidad el efecto de ser constitutiva del siniestro de incumplimiento. Es obvio que la administración, por sí y ante sí, está habilitada para declarar el incumplimiento del contratista y por ello caduca el contrato, es también obvio que hay lugar al pago de los perjuicios que del mismo se deriven. Así las cosas, si en un contrato estatal con cláusula de caducidad se pactó alguna cláusula penal, en el acto administrativo que la declara puede cobrársela al contratista particular, a manera de apremio, de garantía o de indemnización de perjuicios, según la redacción exacta de ellas. Es entendido que si estas serían exigibles por la vía ejecutiva en el derecho privado, también lo deben ser por la vía del acto administrativo que declara la caducidad. Argumentando por el absurdo, sostener que en la resolución de caducidad de un contrato, no se puede incluir la orden de pagar la cláusula penal debidamente pactada, y que esta debe acudir al juez del contrato para que la “imponga,” lleva a poner a la administración en una situación de desventaja frente al particular, pues este último tiene a su favor la vía ejecutiva mientras que la administración debe iniciar un juicio de conocimiento para que declaren la exigibilidad de la cláusula penal. De esto se desprende que es absurdo pensar que en el acto administrativo de caducidad de un contrato, en el que se entiende incorporado el poder de la administración y que goza de los privilegios que le son propios, no pueda obligar al pago de la cláusula penal que por sí misma es exigible con el mero incumplimiento. Ahora bien, de acuerdo con lo autorizado por el segundo inciso del artículo 18 transcrito y obviamente en consideración de las reglas de la sana administración, la entidad contratante puede decidir no caducar el contrato. En este caso, la práctica cotidiana enseña que por lo general se reúnen las partes contratantes y mediante un documento*

*contractual definen las medidas que es necesario adoptar para que la ejecución del contrato llegue a buen fin. En este acto modificatorio o aclaratorio de las obligaciones de las partes, puede incluirse el pago de las cláusulas penales, cuando de su redacción aparezca que contienen una indemnización moratoria, o cuando su finalidad sea la de compeler al incumplido a que ejecute cabalmente sus compromisos, o cuando haya una garantía a cargo de un tercero. Se insiste en que las cláusulas penales así pactadas son exigibles y en principio prestan mérito ejecutivo, por lo que su pago es obligatorio, independientemente de que alguien decida “imponerlas.” Por esta razón es válido tanto su cobro como su compensación.*

- c. *Tesis principialista o de principios rectores de la contratación: las cláusulas penales y las multas se pueden pactar o no como un ejercicio del principio de la voluntad de las partes (aun tratándose de contratos de adhesión) y se deben imponer estas sanciones al contratista unilateralmente dando cumplimiento al principio del predominio del interés general y del Estado y no al particular, en concordancia y cohesión a la teoría de la confianza legítima. Sin embargo, la sanción unilateral debe ejercerse en cumplimiento a principios como el debido proceso y a la revisión judicial de los actos administrativos vía judicial.”*

Cabe señalar como referente jurisprudencial, lo establecido por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, expediente número 24639 del 2009, que menciona:

*“Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas. En efecto, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, otorgó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas indicando el procedimiento a seguir para ello. De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan solo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si estas se hubieren pactado en el respectivo contrato.”*

Con respecto a las entidades que no se encuentran regidos por el Estatuto General de Contratación, es decir que aplican normas de carácter civil y mercantil, del régimen privado; el Consejo de Estado también se ha pronunciado acerca de la facultad de imponer unilateralmente las sanciones pecuniarias que mediante la voluntad de ambas partes se estipularon al momento de celebrar el contrato, bajo el principio indiscutible de la contratación, de la libertad y la autonomía privada; pero que difiere de los contratos bajo el régimen público:

*Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. (Consejo de Estado, 2500023-26-000-2001-01219-01 2009, 2009)*

Se concluye que dado el caso en que se expida un acto imponiendo una multa, este acto estaría viciado por incompetencia, ya que la imposición unilateral de la multa debe requerir habilitación legal expresa, disposición sobre la cual el Consejo de Estado ha dicho que:

*En aquellos contratos gobernados por el derecho privado – (...) – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas a los contratistas, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.*

*Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 29165, 2014).*

En conclusión, estas entidades tienen la facultad de pactar las multas y cláusulas penales en la celebración de contratos, pero al momento de hacerlas efectivas, deben indicar de manera muy precisa cuál será el procedimiento; de lo contrario, recurrirán ante el juez para que este precise si existe un real incumplimiento.

Se debe dejar claro que el carácter exorbitante que se le concede a la cláusula penal, se debe a la posición en la que se encuentra la Administración en la protección del interés general, es decir, en lograr la efectiva prestación del servicio, porque de lo contrario, a las exigencias de un plano de igualdad de posiciones entre las partes, o si se busca es posicionar por encima la parte contratista, esto iría contra la satisfacción del interés general; al respecto el Consejo de Estado ha dicho que si se llegan a pactar los mismos poderes para ambas partes, es decir, la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente, también se llegaría a la satisfacción del interés. (Consejo de Estado, 56939, 2017).

Dentro de lo más reciente, en asuntos referente a la imposición de multas contractuales en un contrato estatal de derecho privado, el Consejo de Estado ha dicho que siempre y cuando se hayan estipulado previamente en un pliego de condiciones y se respete el debido proceso, se pueden imponer las multas cuando el contratista no cumpla con sus obligaciones; dicho de esta manera: “la imposición de la multa sólo tiene lugar luego de que se ha comunicado al contratista y este ha tenido el momento suficiente para defenderse del cargo”. (Consejo de Estado, 56562, 2017).

Entre tanto, se debe señalar que en los contratos estatales del sector público, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Cláusula penal puede pactarse bien sea en el contrato o en los pliegos de condiciones y se pueden imponer unilateralmente, sin necesidad de ir al juez natural; caso contrario en los contratos estatales del sector privado deben imponerse mediante resolución judicial; dicho de otra manera, debe imponerla a través del juez ordinario (civil).

### CAPÍTULO III

#### LAS MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL

La multa en forma general corresponde a una forma de sanción y en especial a una pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito o por incumplir lo convenido. La imposición de multas en derecho administrativo corresponde a lo cometido de infracciones como por ejemplo del orden fiscal, tributario, policivo entre otros. Civilmente las multas pueden imponerse por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contrato mediante cláusulas; una de estas se refiere al supuesto de las partes para asegurar el cumplimiento de lo pactado y se sujeta en el contrato, a una pena o multa denominada cláusula penal<sup>50</sup>.

Así las cosas, la multa corresponde a un tipo de sanción, teniendo en cuenta las fuentes dentro del contrato estatal, en el cual busca la Entidad pública contratante el impulso de la ejecución idónea y oportuna del contrato, y es impuesta al contratista por el incumplimiento parcial, con la cual busca intimidarlo; consideración hecha por Diez (1983), o como lo expresa el profesor Palacio Hincapié debe ser de carácter preventivo para que pueda corregirse la conducta del contratista. Sin embargo en sentencia de 1992 del Consejo de Estado, Sección Tercera, se considera, si existe un incumplimiento de las obligaciones que no obedecen los efectos a las simples multas y que

---

<sup>50</sup> Se caracterizan porque estipulan una suma de carácter indemnizatorio- Sentencia Corte Suprema de Justicia del 21 de marzo de 1974, cuya finalidad es la de reforzar el vinculo contractual. Artículo 1592 del Código Civil Colombiano y en Sentencia Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, del 7 de octubre de 1976.

tiene el carácter resarcitorio o indemnizatorio por los daños ocasionados por el contratista por el incumplimiento total o parcial, el caso de las cláusulas penales o pecuniarias que, en caso de incumplimiento total o de un grave incumplimiento que afecte la ejecución del contrato, debe venir acompañado de la caducidad que se debe decretar.

### **Desarrollo Legal**

Es menester aclarar que bajo el anterior régimen legal, ley 19 de 1982 y decreto 222<sup>51</sup> de 1983, se expresaban unas condiciones de desigualdad del contratista ante las entidades contratantes, pues otorgaba facultades inherentes del control estatal, esencia de las prerrogativas del poder público; en especial contenía las denominadas cláusulas exorbitantes<sup>52</sup> donde la entidad estatal podía declarar incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, acorde a cada caso.

Igualmente, debemos destacar que las sanciones bajo el régimen anterior provenían directamente de la ley, es decir, se estipulaban de forma obligatoria como potestades excepcionales, y debían estar establecidos dentro del contrato, pero la entidad contratante podía imponer unilateralmente las multas sin necesidad de acudir al juez del contrato, como lo instituyó el decreto 150 de 1976 en el que ordenaba la inclusión en el contrato de las cláusulas de caducidad, las garantías, las multas y la cláusula penal pecuniaria, y señalaba que su imposición se debía dar mediante acto motivado (artículos 47, 48 y 51). Lo anterior se complementaba con el artículo 60 del Decreto-Ley 222 de 1983; las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos en los que reafirma las multas y las cláusulas penales y agregaba, además, su imposición unilateral cobrada en Jurisdicción coactiva. Entre tanto, las multas debían establecerse en el contrato en caso de licitación o en los pliegos de condiciones en los de contratación directa.

---

<sup>51</sup> Consagraba un régimen jurídico de los contratos de derecho privado de la administración y otro régimen jurídico de los contratos administrativos.

<sup>52</sup> Denominadas por el Derecho francés como cláusula derogatoria del derecho común, cláusulas prerrogativas y exorbitantes del derecho común, Sentencia del Consejo de Estado francés del 31 de julio de 1912, *Sté des Granits Porohyriides des Vosges*. Cita de Benavides José Luís, texto *El contrato estatal*.

A pesar de lo expresado por la normatividad anterior el Consejo de Estado colombiano refiriéndose a los contratos administrativos y privados, con ponencia de Daniel Suárez Hernández en sentencia del 21 de octubre de 1994 expediente 9288, ya auguraba que para efectos de imposición de multas debía acudir al juez teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes; además para la adecuada ponderación, se establecía la cuantía y modalidad de las multas, puesto que deben ser razonables y proporcionales al caso.

Además de lo anterior, ya se expresaba que las multas debían imponerse en la ejecución del contrato según el Consejo de Estado, expediente número 6631 de 1992; sin embargo, se comenta cómo en el régimen contractual anterior, en el artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba una potestad especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, desarrollada también en la sentencia del Consejo de Estado, expediente número 7757 de 1995.

Ahora bien, el tema de multas, bajo la Ley 80 de 1993, ha dado lugar a posiciones en absoluto uniformes, tanto de la doctrina, como de la misma jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado; también lo es, que la oportunidad de incluirlas al interior de los contratos, como una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, ha sido un tema relativamente pacífico, puesto que la discusión se ha centrado, antes que en dicha opción, en la posibilidad de que la administración pueda unilateralmente declararla, dentro de la comprensión de dicha acción, como una típica exorbitancia o manifestación de prerrogativas públicas. Por este motivo, al revisar sumariamente este último aspecto, es decir la oportunidad de la administración pública de declarar unilateralmente una multa debidamente pactada al interior del contrato, situación está que en el caso concreto se hace imprescindible, en atención a que esta es, justamente, la hipótesis que dio lugar a la expedición de los “actos administrativos” cuya legalidad ha sido tema de discusión.

De la tesis recogida y ratificada por la sentencia del 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse la comprensión de que está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de multa) de la manifestación (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista) ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través

de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva.

La Ley 80 de 1993 no contempla la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.

A partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por aparte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aun en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado *“La competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”*. El Consejo de Estado en sentencia del 2008, expediente número 21574, indica que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausurado multas y, expresamente hace referencia a la posibilidad de que estas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

### **Imposición**

Primeramente, tenemos que la multa constituye una obligación de pagar determinada suma de dinero, suma que tiene que ser proporcional al valor del contrato y al perjuicio causado por el contratista a la entidad contratante, como ya lo tratamos con antelación. Grosso modo, a la entidad contratante lo que le interesa del contrato, es el objetivo o fin de aquel, la debida ejecución de la obra y la prestación del servicio, antes que la “percepción de una indemnización por deficiencias y demoras en su ejecución”, como lo sostiene Enterria y Fernández (1998).

En palabras de WEINER ARIZA MORENO, en publicación de la Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes No. 11 del mes de junio de 2000, quien cita a MARIENHOFF, en cuanto a la concepción de las multas, aduce lo siguiente:

*El retardo imputable apareja sanciones, o puede aparejarlas. Ellas pueden haber sido convenidas por las partes, es decir, pueden ser contractuales; por ejemplo, puede haberse convenido para esas situaciones la aplicación de penalidades, la prestación directa por la Administración, la rescisión del contrato, etc. Si en el contrato nada se hubiera establecido, el retardo podrá igualmente sancionarse, pues como bien se ha dicho, al respecto la regla es que toda obligación contractual tiene sanción. En tal supuesto, la sanción halla fundamento en las prerrogativas correspondientes a la Administración pública-inherentes a todo contrato administrativo- de adoptar, de oficio, a costa y riesgo del contratante, las medidas indispensables para el cumplimiento del contrato o para el cumplimiento de la respectiva actividad estatal. (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II A. Abelardo Perrot. 1983, pp. 351 y 352)*

En jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en sentencia 2010, expediente número 2040, se reduce esta noción:

*“Dado que la multa constituye una obligación de pagar una suma de dinero, debe entenderse (...) que el medio o mecanismo que se utilice por la Administración para hacer efectiva la obligación, ha de orientarse a ese fin de recaudo o pago.”*

Si bien es cierto que la garantía de por medio es pecuniaria, no hemos de dejar de lado que la manera para que en la administración recaude estas sumas, debe acudir a ciertos procedimientos; así las cosas, la entidad contratante debe escoger uno de estos procedimientos o mecanismos de recaudo y jamás permitir que el pago sea en especie o en servicios, lo que nos hace pensar inmediatamente en que los medios que utilice la entidad deben ser idóneos y certeros, además de ser evidentemente válidos y legales.

En la jurisprudencia ya enunciada, se argumenta que

*(...) la escogencia de la entidad estatal entre los medios enunciados en la norma (Ley 1150 de 2007 artículo 17) o de cualquier otro, debe estar regido por el principio de eficacia, en*

*virtud del cual, el medio seleccionado no solo debe ser adecuado para los fines del recaudo, sino que debe ser el más idóneo dentro de las diversas opciones que tendrían para obtener el pago (...)* (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente no. 2040, 2010)

Para el Consejo de Estado, la multa se eleva a categoría de castigo y no resarcitoria. Si bien es cierto que lo que se busca con su imposición es hacer que el contratista pague por su incumplimiento, aquella, además, debe tener aquel carácter para constreñir al contratista, evitando así futuros incumplimientos graves.

En un momento, la multa en la contratación estatal, cumple con el propósito de hacer que el contratista que incumpla, pague por aquel incumplimiento y conmina para que no incurra en dichas actuaciones. Hasta este punto, es valedero. Sin embargo, es importante no confundir la imposición de las multas con la imposición de la cláusula penal.

Como primera medida, debemos indicar que las multas en la contratación estatal, se imponen por un *incumplimiento parcial* de las obligaciones del contratista o por *mora* en las mismas.

En un primer momento, podemos decir que las multas necesariamente debe imponerlas la entidad contratante por medio de un acto administrativo, razón por la cual, podríamos afirmar que existe una imposición unilateral de las mismas.

Mucho se ha rondado acerca del tema, haciendo que el Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades, cambiara su precedente jurisprudencial establecido.

El Honorable Consejo de Estado, enmarcó la imposición de las multas como POTESTAD, de allí que se desprenda el hecho de imponer o no imponer una multa a manera de discrecionalidad en cabeza de la entidad contratante.

En el año 2002, la sala, en vigencia de la Ley 80 de 1993, afirmó que “la administración tiene la facultad para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente no.19488, 2002).

Algunos años más tarde, en el 2005, el mismo Consejo de Estado desvirtúa la posibilidad de imponer las multas al contratista, contemplada en el precedente antes mencionado, haciendo que ya no fuese una potestad unilateral de la entidad contratante la de imponer las multas sin acudir ante el juez del contrato, contrario a lo que se dispone en sentencia del 20 de octubre, expediente 14579, sentencia más importante que trata este tema, que más adelante sería ratificada en el año 2008, y se refiere a que la administración no tiene potestad de sancionar con multas al contratista que ha incumplido con sus obligaciones, de manera parcial, sino que debería acudir al juez del contrato:

*La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, la multa tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.*

*Se insiste en que esta posibilidad debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma.*

*Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendida como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa. (Consejo de Estado, Expediente No. 14579, 2005)*

Así fueron entonces cambiando los criterios adoptados por el Consejo de Estado, hasta la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 que materializó el hecho de que la entidad estatal puede imponer las multas al contratista de manera unilateral en caso de mora o incumplimiento parcial, sin necesidad de acudir al juez del contrato, haciendo que las entidades recobraran su potestad

sancionadora, haciéndose este reconocimiento en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 que contempla el debido proceso:

*“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 solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo tiempo 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.*

Es claro entonces que la posibilidad de imponer unilateralmente multas que hayan sido pactadas, es una facultad exorbitante, como lo son también las facultades de interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato o declarar su caducidad.

Esta posición jurisprudencial dio lugar a que la ley 1150 de 2007 en su artículo 17 consagrara de manera expresa la facultad de aplicar multas, estableciendo entonces la posibilidad de que en los contratos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación pudieran aplicarse las

multas que hayan sido pactadas. Esta facultad no se otorgó de manera ilimitada para cualquier tipo de entidad estatal, pues quedaron excluidas claramente las entidades sometidas a regímenes de excepción, tales como las empresas de servicio público domiciliario, universidades estatales, empresas sociales del Estado, sociedades de economía mixta o empresas industriales y comerciales del Estado que estén en régimen de monopolio o de competencia, etc. Igualmente esta facultad no sólo encuentra límites con respecto a cuales fueron las entidades autorizadas, sino también encuentra un límite de carácter material relacionado con la justificación misma de su aplicación, la cual está precisada en el artículo 17 de la Ley 1150 que dice expresamente que la finalidad de las multas es “...conminar” al contratista a cumplir con sus obligaciones y más adelante agrega que procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.”

En jurisprudencia reciente el Consejo de Estado en sentencia de 2009, expediente número 24639 aduce, en análisis del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que “se destaca la supremacía del principio de autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa...”; en consecuencia, la entidad pública contratante tan solo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si estas se hubiesen pactado en el respectivo contrato o en el pliego de condiciones.

Para sintetizar el tema, es indispensable dejar claro que:

- a. Las multas en la contratación estatal las impone unilateral y potestativamente la entidad contratante, al contratista, por incumplimiento parcial de sus obligaciones o mora en las mismas.

*“Acudiendo al juez del contrato, con el propósito de garantizar el derecho fundamental de los administrados contratistas, para que a través del procedimiento judicial que sí está en la Ley, se determine si hay o no incumplimiento que fundamente la aplicación de la multa o sanción” (Diario La República. Bogotá D.C.).*

- b. La imposición de las multas las debe hacer la entidad contratante, al contratista, mediante acto administrativo debidamente motivado.
- c. Las multas en la contratación estatal, debe imponerlas la Administración o Entidad contratante, proporcionalmente al valor del contrato y a los perjuicios causados por el contratista a aquella.

**d.** Se contempla la posibilidad de que la administración declare unilateralmente el incumplimiento y determine, sin intervención judicial, la modalidad, la intensidad y cuantificación de las multas, pudiendo exigir ejecutivamente su importe (WEINER ARIZA MORENO).

Como lo hemos venido exponiendo, la imposición de multas en los contratos estatales además de sancionar el incumplimiento también tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

La imposición de la multa requiere autorización legal, pero a falta de esta, como lo es el caso colombiano pues no las señala como cláusulas obligatorias sino como cláusulas especiales o de adhesión- por tanto, la incompetencia o falta de competencia o vicio de incompetencia (sentencia consejo de estado Rad. 2500023-26-000-2001-01219-01 2009) se encuentra superada con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Para su imposición debe generarse el debido proceso, es decir, aplicarse el procedimiento administrativo señalado en el artículo 17 de la mencionada ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y en caso de vacíos debe aplicarse la ley del procedimiento administrativo: la ley 1437 de 2011, por ello debe caracterizarse dicho procedimiento acorde a los principios constitucionales y legales, que conlleva entre otros, al Estado Constitucional de Derecho como lo señalan (Alexy, 1986) en su libro Teoría de los derechos fundamentales, (Ferrajoli) en el libro Los fundamentos de los derechos fundamentales, y en el libro sobre Aspectos Constitucionales y Legales de la Unión Marital de Hecho en Latinoamérica, capítulo Ecuador (Vanegas, 2016).

Partiendo del supuesto de que las entidades estatales pueden imponer las multas unilateralmente mediante acto administrativo<sup>53</sup>, y que en razón de ello la respectiva decisión goza, entre otras características, de carácter ejecutivo (art. 68 C.C.A.), estableciéndose lo siguiente:

- a.** Que las entidades estatales pueden (deben) hacer efectivas directamente las multas y la cláusula penal.

---

<sup>53</sup> Primera parte del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

- b. Que para hacer efectivas esas sanciones, pueden acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos: (i) compensación de las sumas adeudadas al contratista, (ii) cobro de la garantía, (iii) o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Estas facultades otorgadas a las entidades estatales son plenamente concordantes con el deber de cobro de las sanciones contenidas en el artículo 4-2 de la Ley 80 de 1993 (supra 4º) y se inscriben en la misma lógica del Estatuto Contractual sobre deberes y responsabilidades de los contratistas (art.5) que las entidades estatales deben hacer cumplir para garantizar los fines de la contratación.

Ciertamente y desarrollando lo someramente mencionado, la Ley 1150 de 2007 confiere a las entidades estatales amplitud de mecanismos (medios) para la recuperación de las multas, pues no solamente señala que se puede acudir “entre otros a los mecanismos de”, es decir, no limitados a los enumerados en la norma, sino que reitera, además, que la entidad se podrá auxiliar de “cualquier otro medio” para obtener el pago. Sin embargo, esa amplitud tiene límites que se derivan de la misma norma y de la facultad de cobro que allí se consagra. En primer lugar, está implícito que los medios utilizados por las entidades contratantes deberán ser legales y proporcionales y no podrán desconocerse tampoco los derechos del contratista-deudor. En segundo lugar, en cuanto a su finalidad, se observa que el párrafo determina que los mecanismos que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto hacer efectiva la multa, o, como se señala en la parte final del mismo párrafo, obtener su pago. Y pago es, como señala el artículo 1627 del Código Civil, “*la prestación de lo que se debe*”, siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta. En tercer lugar y concordante con lo anterior, hay que advertir que aquella amplitud de la norma recae sobre los “mecanismos” o “medios” para obtener el pago de la multa y no sobre esta; dicho de otra forma, la disposición en comento constituye una habilitación-deber para las entidades estatales de utilizar todos los medios o mecanismos necesarios para “obtener el pago” efectivo de las multas y no como una autorización para cambiar el objeto de éstas. Precisamente, las opciones utilizadas en la norma como referentes (compensación, cobro de garantía, cobro coactivo), persiguen la satisfacción de la multa sin alterar su naturaleza pecuniaria y el hecho de que el objeto de la actuación estatal es el recaudo de la misma.

Así las cosas, cabe decir que figuras como la transacción (art. 2469 C.C) no sería aplicable para instrumentar el pago de una multa, porque la transacción tiene como presupuesto la existencia de un conflicto entre las partes y en la hipótesis consultada no lo hay, pues como se ha indicado en sentencia del 2010 del Consejo de Estado, expediente No. 2040, se partiría de la base de que el contratista no discute la multa, que pagaría el valor íntegro de la misma y que no habría por demás ningún tipo de condonación, rebaja o negociación.

Mucho se ha dicho sobre el tema de las multas en los contratos estatales, la jurisprudencia ha sido amplia al intentar establecer directrices al respecto; la nueva legislación pretendió dar las pautas para construir los procedimientos que deberían seguir las entidades del Estado para adelantar las actuaciones tendientes a la imposición de una multa al contratista incumplido. Sin embargo no se ha logrado dar plena claridad al asunto.

El Consejo de Estado reitera que la imposición de una multa, comporta una prerrogativa pública que necesariamente debe tener un soporte legal, por cuanto implica el ejercicio de una función administrativa. En este sentido, advierte que en la Ley 80 de 1993, no existía una disposición habilitante que permitiera a las Entidades del Estado la aplicación de las multas pactadas por los contratantes. Sin embargo, el Consejo de Estado señala que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, como lo señala Gamboa (2009).

En cuanto a los límites a la facultad de imponer multas en la contratación estatal en Colombia, se tiene en cuenta, que desde el momento en que se expidió la Ley 80 de 1993 comenzó la discusión sobre la posibilidad de pactar y aplicar multas en los contratos estatales. El Consejo de Estado, luego de dar varias vueltas, terminó reconociendo que la ley 80 de 1993 no había autorizado a las entidades estatales imponer multas, así ellas se encontraran pactadas en el contrato.

La más célebre de estas sentencias es la del 20 de octubre de 2005 cuyo contenido fue ratificado posteriormente en pronunciamiento del 30 de julio de 2008, en la cual el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

*“La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad esta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.” (Consejo de Estado, 2008)*

Como en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se mencionó la posibilidad de imponer multas como una de las prerrogativas reconocidas a favor de la administración como mecanismo de vigilancia y control de la ejecución del contrato, se concluyó entonces que la ley no había otorgado esta facultad exorbitante a las entidades públicas.

En la aplicación de las multas juega un papel fundamental el criterio de oportunidad: o se aplica mientras existe el incumplimiento o ya no puede aplicarse. Sabemos que la nueva regulación será fuente de conflictos judiciales pues significa que las entidades estatales regidas por el derecho privado<sup>54</sup> no podrán aplicar multas así las hayan pactado, ya que tal posibilidad quedó expresamente excluida al autorizarse el ejercicio de tal facultad únicamente a las entidades sometidas al estatuto general de la contratación estatal, situación corroborada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señalando que no es procedente imponer multas en los contratos que se rigen por el derecho privado; y por otro lado, las entidades que sí se encuentran facultadas para aplicarlas, deberán abstenerse de hacerlo frente a incumplimientos pasados que ya se encuentran superados, así lo explica Aciniegas (2010).

De otra parte Moreno (2000), señala que para el Consejo de Estado todos los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, así sean estas de naturaleza estatal y las entidades financieras estatales, están exentas del régimen activo previsto en el Estatuto de Contratación Administrativa y por tal motivo, tales entidades se encuentran sometidas al régimen de derecho privado, que impone a las partes del contrato actuar en igualdad de condiciones, sin que alguna de ellas esté investida de potestades que son propias del Estatuto General de la Contratación, así se trate de una entidad del sector público.

---

<sup>54</sup> como lo son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

## La Exigibilidad o Imposición de las Multas

Con la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 el poder facultativo del decreto 222 de 1983 sobre la imposición unilateral quedó derogado y la terminación unilateral desapareció como posibilidad autónoma puesto que la administración no podrá declarar dicho incumplimiento sino como supuesto apoyo para la declaratoria de caducidad del contrato; desapareció la posibilidad del referido artículo 72 del decreto 222 en cuanto a la cláusula pecuniaria, y que ya no figura como cláusula obligatoria, pero que sí podría pactarse de conformidad con los lineamientos establecidos en Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera del 18 de junio de 1997, consejero ponente Juan de Dios Montes.

Es importante mencionar que la ley 80 de 1993 no incluyó regulación alguna sobre multas y la cláusula penal pecuniaria, pero sólo hasta la expedición de la ley 1150 en el 2007, estableció en su artículo 17 que las multas, mediante un debido proceso, las Entidades Contratantes tendrán la facultad de imponerlas siempre que hayan sido pactadas y procede solo en la ejecución del contrato en desarrollo del principio de legalidad, en el que las entidades pueden sancionar en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.

El caso colombiano en el tema contractual administrativo es la norma (estatuto de contratación) la que nos muestra el sustento jurídico, pero es jurisprudencial<sup>55</sup> del Consejo de Estado quien da los alcances a la norma y que dictamina el quehacer administrativo.

Antes de la entrada en vigencia de la citada ley 1150 el 16 de enero de 2008, los criterios jurisprudenciales han variado y con ello el proceder administrativo.

En efecto sobre las multas el Consejo de Estado ha venido haciendo precisiones especialmente sobre el término para imponerlas y la caducidad del contrato por parte de la Entidad Contratante

---

<sup>55</sup> La Dirección Jurídica en cumplimiento de las funciones que le asigna el Decreto 249 de 2004, en especial el numeral 6. del Art. 16, que establece: “Vigilar permanentemente la hermenéutica jurídica con el propósito de mantener a la entidad actualizada en lo concerniente a las tendencias de la jurisprudencia sentada por las altas Cortes”

esto es dentro de la vigencia del contrato o ejecución en sentencia del 13 de mayo de 1996, C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

El Consejo de Estado en Sentencia del 20 de octubre de 1.995 C.P. Juan de Dios Montes Hernández, Expediente 7757, que a pesar de la prerrogativa especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba que la Ley 80 de 1993 despoja a la administración de tal potestad y señala el alcance de la norma, que, una vez finalizado el término contractual, y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista sin perjuicio de las posibilidades que se desprendan del acto de liquidación unilateral o bilateral.

Igualmente, el Consejo de Estado en su sección tercera, sentencia 9691 del 13 de mayo de 1996, C.P. se refiere al incumplimiento del contratista de manera justificada: “No puede afirmarse, como lo hace el Tribunal, que la mora en el pago de las cuentas no tenga que ver con el retraso de las obras...” y sobre la proporcionalidad como principio y los plazos para la entrega, el incumplimiento del Contratante<sup>56</sup>.

Luego, en un cambio importante de la jurisprudencia lo dicho en sentencia del Consejo de Estado del 28 de febrero de 1997, expediente 12669 CP. Daniel Suárez Hernández, **las Entidades Contratantes no deben imponer multas directamente a través de actos administrativos unilateralmente;** debe ser el juez del contrato, quien luego de probadas, las impondrá. Cabe destacar que hace alusión a que las partes de los contratos estatales pueden pactar las multas y la cláusula penal, es decir, no como obligatorias cuando se pretenda utilizar la forma de multa y cláusula penal pecuniaria, deberán ser expresamente convenidas entre las partes y las circunstancias que las estructuren deberán ser declaradas judicialmente.

Luego, el Consejo de Estado tuvo un cambio de criterio al acoger la tesis sostenida en sentencias del 4 de junio de 1998, (exp. 13988), y del 20 de junio de 2002, (exp. 19488), siguiendo los parámetros conceptuales de la auto tutela contenida en las denominadas cláusulas excepcionales;

---

<sup>56</sup> Es de advertir que en el Fallo hace especial mención a la cláusula penal y sobre el incumplimiento mutuo por la Entidad Contratante y el contratista y se fundamenta en el artículo 1609 del Código Civil.

**La Entidad estatal podía declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria,** según fuera el caso. Luego se precisan los alcances de la jurisprudencia con el fallo de fecha 20 de octubre de 2005, según la cual la Sección Tercera del Consejo precisa que en materia de contratación estatal<sup>57</sup> y en los términos en que fue contemplada la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración en los contratos regidos por el Derecho Público, sobre el cual la doctrina ha sostenido: “Que al derecho de control que tiene la Administración Pública le corresponde como lógica consecuencia un derecho de sanción: no basta darle a la Administración el medio de comprobar las faltas de su contratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas. Señala que correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato es la potestad de sanción que también posee, por ello la multa y la cláusula penal son *sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas*, cuya fuente debe ser el contrato y los pliegos de condiciones.

De la postura del Consejo de Estado cabe destacar que las multas y las cláusulas penales deben estar establecidas en el contrato, no como obligatoriedad, y, segundo son sanciones pecuniarias fijas y preestablecidas, empero la postura de obligatoriedad que antes era establecida en el decreto 222 de 1983 se reflejó en otro tipo de reglamentaciones y actos administrativos dirigidos por el Estado, teniendo otra intencionalidad y dinámica; para citar un ejemplo, veamos como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, haciendo una interpretación de la ley 80 de 1993 permite la inclusión de las multas en los contratos que celebre la entidad, por medio de resolución 3449 de 2004 de la siguiente forma:

*“Que de conformidad con el fallo del Consejo de Estado del 4 de julio de 1998, las entidades estatales tienen competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en los contratos estatales, en virtud del*

---

<sup>57</sup> La ejecutividad o decisión ejecutoria para la doctrina francesa no es otra cosa que la facultad que tiene la administración de modificar unilateralmente las situaciones jurídicas por regla general todos los actos administrativos, salvo aquéllos a que expresamente la Ley se lo niegue, son ejecutorios, es decir, obligan al inmediato cumplimiento y no se discute sobre su legalidad pues trae consigo una presunción. Para ello se consagra la impugnación del acto administrativo ante el Juez y si es del caso se aplican las suspensiones provisionales de forma excepcional.

*carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del decreto-ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.*

*En mérito de lo expuesto,*

**RESUELVE:**

*Artículo 2°. Obligatoriedad. Todos los contratos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberán incluir una cláusula de sanciones en la cual se contemple la multa como mecanismo coercitivo que permita constreñir al contratista al cumplimiento idóneo y oportuno del contrato.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: lo establecido en el presente artículo se indicará en los pliegos de condiciones o términos de referencia en los casos de licitación o concurso, o en la solicitud de oferta o documento equivalente en los casos de contratación directa.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: Se exceptúan aquellos contratos cuya naturaleza y especialidad, hacen que dicha sanción sea inaplicable, tal es el caso de los contratos de adhesión.”*

Además de lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia del 2004, expediente número 22261 indica que cuando se trate de incumplimientos parciales ya la aplicación del Derecho Administrativo en cuanto a las sanciones advertía lo dicho en el derecho Privado bajo esta denominación sostiene que el incumplimiento que se imputa al contratista no fuese total sino parcial y, por lo tanto, según lo preceptúan los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el monto de la sanción debe ser reducido proporcionalmente al margen del probado incumplimiento.

Aparece entonces el fallo del Consejo de Estado calendado 20 de octubre de 2005, emanado de la sección tercera, que recoge la tesis de que las MULTAS no son potestades de la administración pública o cláusulas excepcionales al derecho común, sino que corresponden al derecho privado, entendido según lo dispuesto en sentencia del 2006 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado número 11001-03-06-000-2006-00050-00, el desarrollo de la autonomía de la voluntad, es decir, que se pueden pactar en el contrato o en los términos de referencia, pues

si bien son por regla general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado en la etapa precontractual, de conformidad con lo establecido en el decreto 2170 de 2002.

Sobre el tema último del contrato de adhesión, el profesor LEÓN DUGUIT rechazaba la naturaleza contractual del contrato de adhesión como un verdadero acuerdo de voluntades<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Resolución No. 3449 de 2004: “Artículo 5°. *Actuaciones que Generan Sanción y Cuantías: Los eventos sujetos a sanción coercitiva y las cuantías a imponer como ocasión de los mismos, se determinaran de acuerdo a la naturaleza del contrato, para lo cual se deberá tener en cuenta los aspectos que se señalan a continuación:*

1. Para todos los contratos

.Por el incumplimiento de las obligaciones de constitución o prórroga de la garantía única, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

.Por el incumplimiento de la obligación de cancelar los derechos de publicación en el diario único de contratación pública si a ello hubiere lugar, dentro de término señalado en el contrato, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

2. Contratos de Prestación de Servicios

.Por el incumplimiento de la obligación de prestar el servicio en el plazo contractual pactado, el 0.5% del valor del contrato por cada día de retraso injustificado.

.Por mala calidad del servicio prestado según informe mensual de la interventoría, el 1% del valor total del contrato por cada día hasta que mejore el servicio.

.Por no presentar el informe a la entidad de conformidad con las condiciones pactadas contractualmente el 1% del valor del contrato.

.Por mal uso de los materiales o elementos de propiedad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 1% del valor del contrato, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que procedan.

.Por no presentar junto con el informe, los documentos que acrediten los aportes a los sistemas de seguridad social o parafiscal, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

3. Contratos de compraventa y suministro:

.Por el incumplimiento de la obligación de entregar los bienes en el plazo establecido en el contrato el 1% del valor del mismo por cada día de retraso.

. Por la mala calidad de los bienes suministrados, o la entrega de aquellos que no cumplan las especificaciones, requisitos o condiciones exigidos contractualmente, 20% del valor total del contrato, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar

.Por no presentar junto con la factura, los documentos que acrediten los aportes a los sistemas de seguridad social o parafiscal, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

4. Contratos de Obra:

---

.Por mal manejo, o la inversión incorrecta del anticipo, el 2.5% del valor total del contrato, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

.Por el incumplimiento de la obligación de iniciar las obras a partir de la fecha señalada en el acta de iniciación impartida por el supervisor del proyecto, el 0.10% del valor del contrato por cada día de retraso.

.Por incumplimiento de la obligación de colocar las vallas de información del proyecto o señalización temporal de la obra o el control de tránsito, el 0.05% del valor del contrato para cualquiera de estos eventos, por cada día de retraso, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar.

.Por el incumplimiento de la obligación relativa a la permanencia del personal mínimo ofrecido en el sitio de los trabajos, el 0.02% del valor del contrato por cada día de ausencia.

.Por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por la interventoría o el supervisor o por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la debida ejecución, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

.Por no ubicar en el sitio de los trabajos el equipo o maquinaria completo ofrecido en su propuesta, en óptimas condiciones de operación, el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso.

.Por no acatar las órdenes de la interventoría respecto de la ejecución de obras contratadas, la corrección de los defectos observados en los trabajos realizados, la adopción de medidas de seguridad, el mantenimiento de las condiciones de limpieza, higiene y salubridad de la obra, y en general todos los aspectos que tengan que ver con la correcta ejecución del contrato, el 2.5% del valor del mismo, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar.

.Por los errores técnicos u omisiones que se presenten en la ejecución de los trabajos y que no sean corregidos dentro del término que para tal efecto señale la interventoría o el supervisor o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 5% del valor del contrato.

.Por el incumplimiento en el plazo inicialmente pactado el 0.05% del valor del contrato por cada día de retraso injustificado.

Parágrafo: Las cuantías de las multas a las cuales hace referencia la presente resolución se aplicarán sobre el valor total del contrato excluido el IVA.

Artículo 6°.\_ Procedimiento para la Imposición de la sanción: Una vez se tenga conocimiento de la ocurrencia de cualquiera de los eventos señalados en la presente resolución, el supervisor, Interventor o coordinador del contrato a quien se le haya asignado el deber de controlar la ejecución del bien o servicio contratado, deberá requerir al contratista dentro de los tres (3) días siguientes, para que informe al Ministerio de Hacienda y Crédito Público las razones de su incumplimiento y proceda a realizar las acciones o efectuar los correctivos necesarios.

Se deberá enviar copia de dichas comunicaciones a la competente contractual y a la Subdirección Jurídica junto con la información de las posibles obligaciones incumplidas, las pruebas que lo soporten y un proyecto de la tasación de la multa de acuerdo con los eventos y cuantías señalados en la presente resolución.

Si no se obtiene repuesta del contratista y se mantiene la causal de incumplimiento, se requerirá por segunda vez, dentro de los tres (3) días siguiente a la fecha otorgada por la entidad para proceder a realizar las acciones o efectuar los correctivos necesarios.

Copia de tales comunicaciones serán enviadas en las mismas fechas, al garante o asegurador.

Si el contratista no responde dentro de los tres (3) días siguientes al envío de la segunda comunicación, o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera injustificadas las razones por él expuestas, el Grupo de Contratos de la Subdirección Jurídica con base en las pruebas y demás documentos aportados por el supervisor o interventor

## Declaración Unilateral del Incumplimiento

Las multas autorizadas por la ley tenían como característica peculiar: el hecho de que la administración podía declararlas unilateralmente por sí o ante sí en caso de incumplimiento del contrato, sin calificación judicial de la viabilidad, modalidad, intensidad y cuantificación de las mismas. El pacto de las multas por incumplimiento era válido, tal como ocurría en cualquier contrato de derecho privado. Lo que resulta ilegal y viciada de nulidad la cláusula de multas era por la posibilidad de declarar unilateral y administrativamente el incumplimiento en contratos en los que la ley no le había otorgado tal prerrogativa al Estado. Todo lo anterior generó originalmente una controversia al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues en la primera sentencia de esa Corporación, la del 21 de octubre de 1994, esa Sección, con salvamento de voto de los magistrados Carlos Betancourt Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández, no decretó la nulidad absoluta de la cláusula que le permitía a la Administración multar unilateralmente a un contratista, sino la del acto que concretó las multas; en la segunda se precisaron por unanimidad las cosas.

La controversia nunca abarcó la facultad de la administración para pactar las multas. El problema estribó en si el incumplimiento y la multa correspondiente que debía pagarse por el contratista y

---

correspondiente, proyectará el respectivo acto administrativo debidamente motivado, en el que se hace efectiva la cláusula de multas, el cual se remitirá para revisión y firma del competente contractual.

Dicho acto administrativo se notificará al contratista y a la compañía aseguradora o entidad bancaria garante, bajo los parámetros señalados en los artículos 44 y 45 del C.C.A., y será susceptible del recurso de reposición, con el cual se agota la vía gubernativa.

En firme el acto administrativo, el Grupo de Contratos de la Subdirección Jurídica enviará copia del mismo a la subdirección financiera para que ella proceda a descontar el valor de la multa de las sumas que se le adeude al contratista, o en el acta de liquidación, si está próximo el vencimiento del contrato o en su defecto, se requerirá al contratista para el pago correspondiente en un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación so pena de hacer efectiva la garantía respectiva ante la compañía aseguradora o entidad bancaria garante...”.

Si la compañía de seguros o banco garante no realiza el pago en el término legal establecido, se deberá informar y enviar los documentos pertinentes a la Oficina Asesora de Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que inicie el correspondiente proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

La Subdirección Jurídica dará cumplimiento al numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 para lo cual comunicará a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el domicilio del contratista la información concerniente a las multas y sanciones que imponga el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

lo declaraba unilateralmente la administración, o si esta debía acudir al juez para que fuera este quien declarara el incumplimiento y determinara además la modalidad, intensidad y cuantificación de las multas.

La verdadera exorbitancia o excepcionalidad de las multas radicó –en caso de ser cláusulas exorbitantes del derecho común- no en su pacto, sino en la posibilidad de que la Administración declarara unilateralmente el incumplimiento y determinara, sin intervención judicial, la modalidad, intensidad y cuantificación de las multas, pudiendo exigir ejecutivamente su importe.

La referencia al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no dejó de ser importante. Ello excluía el tema ya superado de las “facultades implícitas” de la Administración. No podía ser de otra manera, como lo determina Moreno (2000b): las cláusulas exorbitantes para poder ser calificadas como tales requieren autorización legal; y solo cuando ésta autorización se da puede hablarse de cláusulas presuntas que operan de pleno derecho sin necesidad de pacto contractual expreso.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, estableció que el debido proceso sería un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, dándole a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas dentro del contrato, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Así mismo, el mencionado artículo también dispuso que la decisión de imponer una multa debe encontrarse precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista, de lo cual se advierte que solo procede la imposición de la multa mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Entonces, la facultad de imposición de multas por parte de la Administración no tiene cuestionamiento alguno respecto de la actual legislación; sin embargo, el procedimiento que garantice el derecho al debido proceso<sup>59</sup> del afectado con la multa, debe enmarcarse dentro de la definición que de tal derecho ha dado la Constitución Nacional.

---

<sup>59</sup> La Carta consagra en su artículo 29 el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes*”

Es así como la forma propia de cada juicio, contenida en la determinación previa del procedimiento aplicable en la actuación sancionatoria, refleja la posibilidad práctica del ejercicio del derecho a la defensa del contratista, pues le permite participar en la formación del acto administrativo y defenderse de los supuestos de hecho con los cuales la Administración pretenda sancionarlo.

En otras palabras, en el curso de la actuación sancionatoria, la Administración debe demostrar que el contratista no cumplió y no simplemente limitarse a formular un cargo de incumplimiento y esperar que el contratista demuestre que sí cumplió. Si en la actuación no se ha demostrado el incumplimiento, simplemente no puede aplicarse la sanción.

La Ley 1150 de 2007, no estableció el procedimiento aplicable a la imposición de sanciones; lo que hizo fue establecer que debían precederse de audiencia del afectado.

Si bien es cierto, el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008 tiene plena vigencia y el mismo remite al Manual de Contratación para la regulación del procedimiento impositivo de multas, también lo es que dicho procedimiento es de índole contractual y no simplemente obedece a una mera función de vigilancia y control, ya que reviste la función sancionatoria, que aunque complementa los actos de vigilancia y control, es diferente de estos, por lo que es aplicable la consideración efectuada por el Consejo de Estado al suspender varios apartes del artículo 89 del mismo decreto.

Ante la imposibilidad de determinar un debido proceso para la imposición de multas y aplicación de sanciones, y para garantizar el derecho fundamental de los administrados contratistas será necesario acudir al juez del contrato, para que a través del procedimiento judicial que sí está determinado por la Ley, se determine si hay o no incumplimiento que fundamente la aplicación de la multa o sanción. Situación expuesta por Betancour (2008), que preocupa, pues no existe medio coercitivo alguno para garantizar la efectividad de ese poder exorbitante del Estado traducido en la posibilidad de imponer multas o sanciones.

---

*preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”*

## Desarrollo Jurisprudencial

Los criterios jurisprudenciales (dado la falta de reglamentación legal desde 1993 hasta 2008) venían cambiando de conformidad con dos grandes interrogantes o problemas jurídicos en torno a este tema de las multas, a saber: primero: ¿se pueden imponer las multas sin que estén señalados expresamente en el contrato? Segundo: ¿podrá hacerse efectiva la sanción- multa por la Entidad Contratante directamente sin necesidad de acudir ante el juez del contrato? Para el primer interrogante, la Jurisprudencia del Consejo de Estado bien sea en vigencia de la ley 80 de 1993 o la ley 1150 de 2007, concluye que debe ser incluida dentro del contrato o en los pliegos de condiciones que se entienden que hacen parte del contrato de manera integral y sistemática, considerando las multas y las cláusulas penales como un clausulado especial no exorbitante o excepcional, es decir, no debe presentarse con una interpretación o modificación unilateral por parte de la entidad contratante. Caso que no ocurría en vigencia del código contencioso administrativo de 1941 o del decreto 222 de 1983, puesto que estas eran consideradas como prerrogativas de la administración y que de manera obligatoria debían estipularse en el contrato o en su defecto se entendían presuntas, dado el mandato legal.

En vigencia de la ley 80 de 1993, como existía el vacío legal, se generó que fuese la Jurisprudencia que asumiera las diferentes corrientes y criterios para resolverlo.

Y en cuanto al segundo interrogante que no se acuda al juez para sancionar con multa y la cláusula penal al contratista incumplido, por lo que por la laguna legal y reglamentaria, esta se resuelve de manera controvertida por parte del Consejo de Estado, el cual se funda en dos posiciones del Alto Tribunal Administrativo (véase apéndice): una, que establece que no debe conocerse por parte del Juez puesto que es una prerrogativa de la administración contratante; y la segunda, que establecía que no es una prerrogativa y que debe entenderse el contrato como un acuerdo entre las partes, y de que forma consensual se determinan las obligaciones contractuales. Si bien, en vigencia de la ley 1150 de 2007, se supera al mencionar la norma que las multas y cláusulas penales se deberán estipular en el contrato y su imposición y ejecución deberá darse a través de un debido proceso en sede administrativa sin necesidad de ir al juez contractual administrativo, que declare primero el incumplimiento.

De manera ilustrativa presentamos el desarrollo jurisprudencial:

- ¿Cuál es el procedimiento y control de las multas y la cláusula penal en el régimen contractual estatal colombiano? (véase apéndice)
- ¿Son susceptible de transacción y conciliación las multas y las cláusulas penales en el contrato estatal colombiano?

En este sentido el Consejo de Estado en 2002, en uno de sus pronunciamientos con radicado número 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488), con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, precisó en cuanto al Contrato Estatal y la Imposición de multas en desarrollo del mismo, que:

*Si no se estipula el procedimiento, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento. Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que “la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos” (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo. En la contratación estatal mantienen vigencia los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o estas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, esta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato. Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento. Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico*

*para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil).*

En esta misma sentencia, se describe como la misma Sala, en providencia del 4 de junio de 1998, la cual es reseñada y se viene comentando en esta jurisprudencia, en cuanto a los pactos establecidos en los contratos estatales, señaló que:

*“Estos “vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables”. Con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que, por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser él transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros); se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (auto tutela declarativa). Aquí cabe preguntar, si fue la entidad contratante o si fueron los árbitros los que impusieron las multas. Considera la Sala que en la forma como se convino el procedimiento, la primera lo que hizo fue constatar los hechos que a su juicio configuraban incumplimiento frente a algunas de las obligaciones del contratista y se las puso en conocimiento a éste, y el tribunal de arbitramento actuó como juez del contrato y en ejercicio de esa potestad examinó y verificó con base en los documentos del contrato y el material probatorio que se puso a su disposición, la ocurrencia de las causales de incumplimiento alegadas.”*

Igualmente el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil en sentencia de 1999, expediente número 1237, puntualizó acerca del acto administrativo en firme, en el caso de una resolución que imponía multa, señalando que una vez en firme, la entidad estatal debe ejecutarla, sosteniendo:

*“No dándose ninguna de las causales de revocación, el acto no puede ser revocado directamente por la administración y procede únicamente exigir su cumplimiento por parte de esta o demandar su nulidad por el particular afectado. En el caso objeto de análisis, si la entidad estatal no encuentra configurada ninguna de dichas causales de revocación, tendrá que continuar con su ejecución. No es posible recurrir a la conciliación, por cuanto la modificación introducida al artículo 62 de la ley 23 de 1991 por el artículo 71 de la ley 446 de 1998 indica: “Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”. De otra parte, no resulta viable para la entidad estatal expedir un acto administrativo que extinga la resolución de imposición de la multa, pues al estar esta en firme y no proceder su revocación directa por ausencia de las causales de ley, la única forma de invalidarla sería con una sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa que declarara su nulidad. Finalmente, al encontrarse la resolución de multa en firme, la entidad estatal debe dar cumplimiento a los efectos de publicación y comunicación de la sanción, conforme dispone el artículo 31 de la ley 80 de 1993. Autorizada publicación con oficio 0188 del 11 de enero del 2000.”*

Ahora bien, así mismo, en una primera etapa en su posición jurisprudencial, se refirió respecto de la multa como un crédito a favor de la nación, señalando también que en cuanto a la multa impuesta al contratista, el contratante no tiene legitimación para negociarla. En estos términos:

*“Dentro del principio de autonomía de la voluntad que informa la contratación estatal, de acuerdo con la disposición del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y la aplicabilidad de las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por la ley, conforme lo establece el artículo 13 de la citada ley 80, se encuentra la facultad de la entidad estatal de estipular la imposición de multas, en caso de mora o de incumplimiento parcial del contratista, de manera proporcional al valor del contrato y a los perjuicios sufridos. La multa constituye una sanción y como tal, genera los efectos que contempla el artículo 31 de la ley 80 de 1993. La multa impuesta en desarrollo de un*

*contrato estatal, ya no “ingresará al Tesoro de la entidad contratante”, como prescribía el artículo 73 del decreto ley 222 de 1983, sino a la Dirección del Tesoro Nacional, conforme a los principios establecidos por los artículos 15, 27 y 103 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación (Decreto 111 de 1996). En consecuencia, no será factible considerar la multa impuesta al contratista, en el caso en análisis, como un crédito a favor de la entidad estatal contratante que pueda ser negociado por esta, mediante la admisión de su pago en especie consistente en recibir “un equipo electrónico” del contratista, ya que la multa es en verdad, un crédito a favor de una persona distinta, la Nación, representada por la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.<sup>60</sup>*

En relación a las multas y el límite temporal para su imposición, también el Consejo de Estado en sentencia de 1992, expediente número 6631, esta vez con ponencia del H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo, puntualizó:

*“Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica; inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación). Este poder exorbitante de imposición de multa tiene un límite temporal obvio; mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir. La administración impuso, en el caso sub - iudice, multas por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó la medida de incompetencia “ratione temporis”.*

Con referencia a una contratación suscitada por el señor Ministro de Defensa Nacional, Dr. Camilo Ospina Bernal, sobre la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el artículo 40 de la ley 80 de 1993 al pacto de multas dentro de los contratos estatales, y sus efectos jurídicos, el Consejo de Estado despejó toda duda de la siguiente manera:

---

<sup>60</sup> Autorizada publicación con oficio 0188 del 11 de enero del 2000.

*“Teniendo en cuenta que el problema radicaba: Por un lado si “...LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas...” y “una vez en firme la resolución que imponga multas, podrá ejecutarse la garantía contractual, o tomarse del saldo a favor del CONTRATISTA si lo hubiere”. Expresa el Ministerio consultante que la cláusula de multas obtiene su carácter excepcional de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, no de las potestades especiales consagradas en la Ley 80 de 1993 a favor de la Administración; y que su eficiencia depende de que la sanción se imponga antes del vencimiento del plazo contractual.”*

Y por otro, cita un párrafo de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2005 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, dentro del expediente número 14579, que señala que:

*“Las entidades públicas pueden estipular la cláusula penal y las multas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero no pueden pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, por lo que “cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, por contera, para imponerlas unilateralmente.”*

Teniendo en cuenta que según esta sentencia las entidades públicas no pueden imponer directamente la sanción y descontar su valor de los saldos adeudados al contratista, el señor ministro formula a la Sala los siguientes interrogantes:

- 1. ¿El pacto de la fórmula “...LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas...” en las estipulaciones contractuales, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararlas, imponerlas y descontarlas unilateralmente?.*

2. *¿La estipulación de la cláusula penal, en las mismas condiciones expuestas en la pregunta anterior, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararla, imponerla y descontarla unilateralmente?*
  
3. *En el evento de que la respuesta anterior sea negativa: a- ¿Cómo puede la entidad pública declarar, en forma expedita, el siniestro que faculta al cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas? si es probable que para el momento en que la decisión judicial se encuentre en firme, la vigencia de la póliza haya expirado. b- ¿Procede la confirmación de una Resolución que impuso una multa, después que se ha conocido la sentencia del Honorable Consejo de Estado aquí mencionada?*

El Consejo de Estado procedió a efectuar el análisis de los siguientes puntos con el fin de sustentar sus respuestas: “**1. El cambio de legislación** ocurrido con la ley 80 de 1993, **2. Luego abordó las funciones y tipos de cláusulas penales**, a la luz de la legislación ordinaria, para proceder a explicar por qué la estipulación de las multas que se pacta en la contratación estatal se asimila a las cláusulas penales.**3. Analizó el artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración** con el fin de exponer cómo se pueden integrar las cláusulas penales, incluyendo las denominadas multas, con las potestades excepcionales de tal ley.”

En ese orden de ideas, se abordaron dichas pautas de la siguiente manera:

**Punto N° 1.** En lo que respecta al cambio de legislación se argumenta que antes de la expedición de la ley 80 de 1993, el decreto ley vigente era el 222 de 2983, el cual consagraba un doble régimen jurídico para la contratación de las entidades públicas, en el derecho privado y el del derecho público estos últimos a través de los contratos administrativos; así mismo gozaba este de la inclusión de un grupo de estipulaciones que contemplaban la aplicación de principios de interpretación, modificación, terminación de los contratos, así como las relativas a la caducidad administrativa, sujeción a la cuantía, pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, penal pecuniaria por lo que el ejercicio de aquellos derechos conferidos por las estipulaciones

antes mencionadas, se hacía mediante actos administrativos con privilegios propios del ejercicio de la autoridad, conocidos como de definición previa y de ejecución de oficios.

De igual forma se utilizaba el vocablo “imponer” para indicar que al momento de ejercer la Administración esas potestades, esta se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista y a partir de ello se generalizó un grave error, que consiste en pensar que en derecho privado no se pueden “imponer” multas ni cláusulas penales por parte de la administración, de lo que se desprendía que tan solo el juez era quien podría hacerlas.

En lo que respecta a los contratos de derecho privado de la administración, se entendía que eran celebrados en una situación de igualdad para las partes, propia del régimen jurídico de los particulares, por lo cual las entidades públicas contratantes carecían de las potestades excepcionales junto con el derecho a ejercerlas mediante actos administrativos, con la excepción de haberlo pactado por expreso en contrario.

**Punto N° 2.** *Las cláusulas de multas en la contratación estatal y su función como cláusulas penales:* acontece que se siguen estipulando cláusulas que se denominan multas o cláusula penal pecuniaria, que no tienen un referente legal vigente, y por lo cual deben ser tenidas como válidas e interpretadas bajo la regulación de las cláusulas penales, de conformidad con lo establecido en el artículo 1620 del Código Civil, que estipula: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Como consecuencia, prima la verdadera intención de las partes, a pesar de su inadecuada denominación, por lo que decidieron acordar un apremio, una garantía o una valoración de perjuicios, y este es el efecto legal que debe prevalecer al interpretar el contrato en el que se incluyeron.

El Consejo de Estado, considera que al desaparecer la legislación anterior y al interpretarse las cláusulas de multas y la penal pecuniaria, bajo el régimen de las cláusulas penales de Código Civil, no se puede hablar de “imponer multas” sino de la “exigibilidad” de las penas estipuladas en los

respectivos contratos, que son obligatorias a partir de la mora del deudor y en el evento en que no se pague de forma voluntaria, prestará mérito ejecutivo.

**Punto N°3.** El artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración, como potestades excepcionales, o exorbitantes, se caracterizan porque la administración goza de privilegios legales, que en oportunidades son ordenados directamente por la ley y en otros casos el pacto es facultativo. Si se tiene en cuenta el artículo en mención, la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y afecta de forma grave y directa la ejecución de un contrato y se evidencia que puede conducir a una paralización del mismo, la entidad, a través de un acto administrativo motivado, lo dará por terminado y también ordenará la liquidación en el estado en que se encuentre.

Si la entidad decide abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas necesarias bien sea de control o de intervención que se consideren necesarias y que garanticen la ejecución del objeto del contrato. Se entenderá que la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

De la norma transcrita destaca la Sala, que ante el incumplimiento grave del contratista, la entidad pública tiene la opción de terminar el contrato declarándolo caducado, o mantenerlo adoptando las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La preeminencia pública se refleja, no en la opción que surge para la administración, pues esta es la misma del derecho privado, sino en la posibilidad de realizar unilateralmente las acciones propias de la opción, es decir, la de caducar el contrato o la de adoptar las medidas necesarias para la ejecución del mismo.

En los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se halle en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo, los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier

particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar según la sentencia de 2006 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado número 11001-03-06-000-2006-00050-00, a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.

Por último, se puede señalar que frente a la facultad que se le ha otorgado en el artículo 86 de la ley 1474 que reza así: “la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”, el Consejo de Estado se ha pronunciado:

*No es admisible la siguiente tesis general que propone el contratista: la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución, y mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento; si supera esa situación desaparece el poder exorbitante. Semejante idea es inadmisibles, porque la tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para manipular y jugar con la potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él “se ponga al día”, con el propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida.*

*Semejante autorización para la mofa no existe en la ley, ni sería tolerable, porque aceptarlo judicialmente autorizaría al contratista a jugar con el interés general y el bien común, consintiendo que manipule su incumplimiento hasta los límites, ya que puede ponerse al día en sus obligaciones cuando le parezca necesario para inhibir el poder sancionatorio iniciado, y que ya merece padecer.*

*Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada tratándose de sanciones de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 –que además no rige para el caso*

*concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” –negrillas fuera de texto-, lo que significa que la administración puede imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una potestad para la administración y no de un derecho de aquel. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 24697, 2013)*

En síntesis, se puede expresar que la entidad tiene el criterio de aplicar la facultad concedida en el artículo ya mencionado, realizando un análisis que permita concluir lo conveniente que puede resultar el hacer uso de esta facultad o de archivar el procedimiento.

### **Conclusiones**

Se pueden determinar cómo conclusiones muy generales:

- Las multas son para incumplimientos pequeños, parciales, durante la ejecución del contrato, según el Consejo de Estado:

*La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 20738, 2012)*

- Las cláusulas penales son para incumplimientos totales, y la de aquella finalidad es resarcir los perjuicios que se hayan ocasionado por el presunto incumplimiento del contratista.
- Las entidades públicas regidas por el derecho público de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2011, pueden estipular las cláusulas penales y multas de la contratación siempre que se hayan pactado, pero no son obligatorias, es facultad de las partes, pero que deben estar en

el pliego de condiciones o en el contrato si se quieren hacer exigibles, como lo ha establecido el Consejo de Estado en sentencia de 2012, número de expediente 20738.

- Las entidades públicas que se rigen por el derecho privado como las empresas prestadoras de servicios públicos, pueden pactar multas, cláusulas penales, pero ellas no pueden imponerlas directamente, sino que deben acudir ante un juez, como lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia de 2009, expediente número 24639.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCILIACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL**

En primer lugar hemos de referirnos, de manera general, a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.) los cuales se erigen como diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia para solucionarla sin la intervención de un juez. Así, los M.A.S.C. son una opción para resolver conflictos de una forma ágil, eficiente y eficaz con plenos efectos legales.

Son varios los mecanismos contemplados por la ley para la solución de conflictos prejudicial, es de los cuales nos permitimos reseñar someramente, los siguientes.

#### **ARBITRAJE**

Tal como lo define Benetti (1994), es uno de los medios previstos en la ley para que los particulares puedan obtener la solución de sus conflictos o diferencias, por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales, sin embargo conservan jurisdicción y

competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral.

Es menester resaltar que en la sentencia del año 2000 que a continuación se relaciona, se establece que, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio sub-lite, sustrayendo así el negocio de la jurisdicción. Son las partes quienes habilitan a los árbitros para que estos fallen bien en derecho o también lo pueden hacer en conciencia.

De conformidad con lo establecido en la sentencia C-330 de 2000, Magistrado Ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, se establecen tres características que distinguen esta figura y que vale la pena resaltar:

1. Carácter voluntario en los términos que determine la ley: “La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes” (Corte Constitucional, Sentencia C-330, 2000).
2. Carácter temporal: las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, no pueden ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. En el evento de que esto no suceda, se corre el riesgo de que exista una jurisdicción paralela a la ordinaria que debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia.
3. Carácter excepcional: debido a que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, aun en el evento en que así lo hayan designado las partes; ejemplo de ello sería el principio de la seguridad jurídica, que hace necesario que se ventilen a través de la jurisdicción, en este caso, la ordinaria.

El arbitraje puede ser en derecho, equidad o técnico:

- Será en derecho cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente y el abogado deberá para estos efectos, estar inscrito.
- En equidad, es aquel cuando los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.
- Técnico, en el evento en que los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en determinado oficio, arte o ciencia.

## AMIGABLE COMPOSICIÓN

La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual un tercero imparcial (amigable componedor) toma la decisión sobre un conflicto en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las personas envueltas en un conflicto. Ese tercero neutral, es denominado amigable componedor.

Esta figura aparece como un mecanismo de auto composición, y se desarrolla de acuerdo a la forma acordada por las partes concluyendo en un acuerdo o convención que goza de los mismos efectos de una transacción y que ha sido facilitado por terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes.

Sobre los antecedentes de la figura, es importante mencionar que la amigable composición ya se encontraba contemplada dentro de la reglamentación del Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, derogado por el artículo 167 de la ley 446 de 1998, que indicaba que en las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores.

En cuanto a este tema específico y su aplicabilidad en asuntos que involucran a la administración pública, el Consejo de Estado en sentencia de 1998, se permitió observar lo siguiente:

Desde el decreto 01 de 1.984 artículo 218, se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con controversias contractuales. Es decir, que la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto 2279 de 1.989, sino que ese decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, dicho sea de paso, en forma incipiente. Por otra parte el Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1.970) ya contemplaba la figura de la amigable

composición al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1.989, que en las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, fuerza es concluir que la amigable composición no se sustentó por primera vez en el Decreto 2279/89 sino en normas vigentes por la época en la cual se celebró el contrato.

Así mismo, precisó el Consejo que:

*“Desde el Código de Procedimiento Civil de 1.970, la legislación ha previsto la amigable composición; en aquella normatividad en el artículo 677, luego adoptada por los artículos 51 y 52 del Decreto 2279 de 1.989, adicionada por el artículo 16 de la ley 23 de 1.991”.*  
(Consejo de Estado, 1998)

## **MEDIACIÓN**

La mediación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual un tercero ajeno al problema interviene entre las personas que se encuentran inmersas en un conflicto para escucharlas, ver sus intereses y facilitar un camino en el cual se encuentren soluciones equitativas para los participantes en la controversia.

Es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual las partes someten sus diferencias a un tercero diferente del Estado, con el fin de buscar un arreglo amistoso. En estos casos, el tercero neutral elegido no tiene ninguna calidad especial según la ley y sus propuestas no son de obligatoria acogida, reduciendo su función a buscar una solución aceptable para las partes.

## **ARREGLO DIRECTO**

Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de su controversia o previenen un conflicto futuro sin la

intervención de un tercero. El acuerdo al que llegan las partes se consigna en un contrato de transacción.

Esta figura según la doctrina pertenece al derecho privado, debido a que sus etapas se dan sin la intervención de un mediador o de un funcionario competente, requiriendo exclusivamente el acuerdo de las partes quienes hacen concesiones recíprocas que extinguen o modifican obligaciones litigiosas sin suponer la intervención de un tercero.

Otros mecanismos pueden generar obligaciones unilaterales o compromiso de solo una parte; sin embargo, en el caso de la transacción, los involucrados deben llegar a un acuerdo a partir de concesiones mutuas; esta característica resulta ser la más importante de esta figura junto con la de ser un método de solución rápida que evita gastos económicos para su solución o dilaciones en procesos judiciales.

### **CONCILIACIÓN<sup>61</sup>**

La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Es importante detenerse en los efectos del acuerdo conciliatorio con el fin de hacer claridad sobre sus alcances: En primer lugar, el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. El efecto mencionado busca darle certidumbre

---

<sup>61</sup>Congreso de la República, Ley 640 de 2001, diario oficial 44.303, “*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*”

al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

De otra parte el acta de conciliación presta mérito ejecutivo dentro de los términos de los artículos 78 del Código Procesal del Trabajo y 66 de la Ley 446 de 1998 el cual fue incorporado en el artículo 3 del decreto 1818 de 1998; lo anterior quiere decir que cuando el acta de conciliación contenga una obligación clara, expresa y exigible, será de obligatorio cumplimiento para la parte que se imponga dicha obligación. En caso de incumplimiento total o parcial de lo acordado por parte de uno de los conciliantes, la autoridad judicial competente podrá ordenar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, dando efectividad a los acuerdos.

En general la conciliación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que restablezcan sus ánimos a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto, siempre que los derechos sean susceptible de transacción, desistimiento o conciliación.

De manera concluyente podemos decir que la conciliación es una manera de resolver de manera directa y amistosa los conflictos que surgen de una relación contractual o que involucre la voluntad de las partes, con la colaboración de un tercero llamado conciliador; de esta manera se da por terminadas sus diferencias, suscribiendo lo acordado en un acta conciliatoria.

### **Ventajas de la Conciliación**

- Libertad de acceso: la conciliación es una figura que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes; por ello, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, ante un funcionario público habilitado por la Ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.

- Satisfacción: la gran mayoría de las personas que acuden a la conciliación quedan satisfechas con el acuerdo toda vez que el mismo es fruto de su propia voluntad. La mejor solución a un conflicto es aquella que las mismas partes han acordado.
- Efectividad. una conciliación tiene plenos efectos legales para las partes. El acta de conciliación se asimila a una sentencia judicial porque el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo.
- Ahorro de tiempo: mediante la conciliación las personas solucionan sus conflictos de una forma más rápida en comparación con la duración de los procesos judiciales en Colombia. La conciliación tiene la duración que las partes establezcan de común acuerdo con el conciliador; por lo general las conciliaciones se desarrollan en una sola audiencia lo que se traduce en una justicia rápida.
- Ahorro de dinero: teniendo en cuenta que la conciliación es un procedimiento rápido, las partes se ahorran los costos que implica un largo proceso judicial. En la conciliación las partes pueden o no utilizar los servicios de un abogado. Dependiendo de la persona o institución a que las partes acudan, se puede o no cobrar una tarifa para la conciliación que es significativamente menos costosa que un juicio.
- Control del procedimiento y sus resultados: en la conciliación las partes deben colaborar para construir la solución del conflicto y, por esa razón, las partes controlan el tiempo del procedimiento y sus resultados. La conciliación es una figura eminentemente voluntaria donde las partes son las protagonistas del manejo de la audiencia de conciliación y el acuerdo logrado es resultado de una negociación facilitada por el conciliador.
- Mejora las relaciones entre las partes: la conciliación no produce ganadores ni perdedores, ya que todas las partes deben ser favorecidas por el acuerdo que se logre; por ello la conciliación facilita la protección y mejora las relaciones entre las personas porque la solución a su conflicto fue construido entre todos. En la conciliación las partes fortalecen sus lazos sentimentales, de amistad o laborales.

- Confidencialidad: en la conciliación la información que las partes revelan en la audiencia de conciliación es confidencial o reservada, así, ni el conciliador ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros espacios.

### **Clases de Conciliación**

- Judicial: la conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial.
- Extrajudicial: la conciliación es extrajudicial si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.
- En derecho: la conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias.
- En equidad: la conciliación extrajudicial se denominará en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.<sup>62</sup>

## **CONCILIACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

En los casos de Multa y Cláusula Penal la conciliación en forma general, no es viable a pesar de que existe la posibilidad de conciliar en materia contractual administrativa ya que no se encuentra plenamente determinada en la Ley de Conciliación. Sin embargo, existen posturas que dada la naturaleza del contrato estatal como lo es la autonomía de la voluntad de las partes y la consensualidad característica esencial de la conciliación, podría llevarse a cabo dado que, si bien corresponden a sumas de dinero, específicamente a multas, esto aún no entran al erario y son objeto de controversia; posteriormente puede tener un control jurisdiccional y que no pervierten el orden

---

<sup>62</sup> Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia. <http://www.mij.gov.co>

público sino por el contrario facilitaría la tarea de un debido proceso administrativo hoy impuesto por el legislador (ley 1150 de 2007 artículo 17).

Por el contrario, el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1237 del 25 de noviembre de 1999, expresó que “los dineros de multas ingresan al erario público a la Dirección del Tesoro Nacional”, conforme a lo establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación; por tanto no se trata de un crédito a favor de la Entidad Contratante en el que se puede negociar total o parcialmente, sino de un derecho de la propia Nación.

En materia del Contencioso Administrativo la conciliación es viable tanto en las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y en las Acciones Contractuales de conformidad, con el artículo 75 de la ley 80 de 1993. Así las cosas, dado la jurisprudencia del Consejo de Estado del 2004, expediente número 27921, las controversias contractuales serán susceptibles de conciliación (judicial y extrajudicialmente) y que expresamente lo autorice la Ley, dado su carácter de orden público, es decir, para que un asunto administrativo sea susceptible de conciliación debe estar señalado en la ley; de lo contrario será prohibido.

En materia de Contratación Estatal, explícitamente el decreto señala que el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regulaba por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 ya que fue derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012.

Ahora bien, en este orden de ideas tenemos que con la expedición de la Ley 80 de 1993, entró a regir el Estatuto Único de Contratación Administrativa, en el cual se guardó silencio sobre el alcance de la competencia de los Tribunales de Arbitramento para conocer de las controversias económicas y de legalidad derivadas de los actos administrativos unilaterales, limitándose a establecer de manera general la procedencia de la cláusula penal en la contratación estatal, lo que ocasionó en materia de contratación administrativa una nueva controversia alrededor del alcance de las cláusulas penales frente a los actos administrativos sancionatorios, debido a que el silencio

del legislador sobre la materia dejó en el limbo jurídico un punto regulado por el Decreto Ley 222 de 1983, el cual en su artículo 76 señalaba expresamente lo siguiente:

“... La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco los serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el título IV”.

Así, aunque hoy la Ley 80 de 1993 en concordancia con la Ley 446 de 1998, permiten de manera general el uso en manera contractual administrativa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para que las partes puedan dirimir sus controversias con mayor eficiencia y celeridad que la ofrecida por la jurisdicción ordinaria, esta regulación aún no es completa, lo cual ha generado la adopción de diferentes posturas frente al tema. Mientras para algunos, la falta de imposición de límites por ley a las materias objeto de la jurisdicción arbitral, se debe entender como una autorización tácita a los tribunales de arbitramento para conocer de cualquier tipo de controversia generada en un contrato administrativo, inclusive aquella que se refiera a razones de legalidad de un acto administrativo unilateral de carácter sancionatorio como la declaración de caducidad y sus efectos, pronunciamiento hecho también por el Consejo de Estado en sentencia de 2007, radicado número 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639).

Para el Consejo de Estado:

*La competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula penal, pero con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas ni tampoco las sobreentendidas ni para el juez ordinario y mucho menos para el juez excepcional como son los árbitros y, de otro lado, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 16394, 2000)*

Con el ánimo de exponer un concepto propio, respecto al interrogante planteado, si es conciliable la cláusula penal y las multas impuestas en la contratación estatal.

En razón de lo anterior hemos de volver sobre los conceptos expuestos de las multas, la cláusula penal pecuniaria general, en contratación estatal, siendo esta última omitida en la Ley 80 de 1993, puesto que ya se encuentra regulada en el Derecho Privado con las siguientes normas:

- Artículo 1592 del Código Civil.
- Artículo 1117 del Código Civil.
- Artículo 867 del Código de Comercio.

La Ley 1150 de 2007, establece expresamente que las entidades tendrán la facultad de imponer las multas y cláusula penal que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Retomando el concepto de las multas, tenemos que, como bien ya se había señalado, la imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.

La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

En sentencia de 2010 del Consejo de Estado, expediente número 2040, se dice que:

*“Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutros o favorables al contratista, pues conllevan implícitas una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto”.*

En ese sentido las entidades estatales deben remitir información de las multas y sanciones impuestas, a las Cámaras de Comercio de la respectiva jurisdicción, conforme lo ordena el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, en la Ley 80 de 1993, Capítulo VIII, artículos 68 a 75, complementada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, se prescribe “*De la Solución de las Controversias Contractuales*”. En el artículo 683 de la misma Ley 80 se establece que las partes del contrato buscarán solucionar las controversias que surjan con ocasión de la actuación contractual de manera directa, ágil y rápida, para lo cual podrán acudir a la conciliación, la amigable composición y transacción.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son de tal importancia, a tal punto que la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 69 que fue derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012, había establecido una prohibición consistente en que en los contratos celebrados por el Estado no se pueden estipular en alguna cláusula que prohíba la posibilidad de que las partes del mismo puedan utilizar alguno de estos mecanismos alternativos para resolver sus conflictos de manera directa, por la sencilla razón que estos medios son derechos que tiene el Estado y los particulares, en su calidad de entidad contratante y contratistas respectivamente, para dirimir sus controversias contractuales, cuestión que es extensible para la incorporación de la cláusula compromisoria o la celebración del compromiso.

En conclusión, los MASC son unos instrumentos o herramientas que tiene la administración pública y los particulares en un contrato estatal para solucionar de manera directa, ágil, rápida, eficiente y eficaz, y con una mayor economía, los conflictos que surjan durante y con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que en ellos celebren, sin acudir a la jurisdicción competente, reservándose en últimas, el derecho de acceder a la administración de la justicia para tal fin.

### **Principio de Proporcionalidad**

El Consejo de Estado analiza los siguientes aspectos a saber: (i) la potestad sancionatoria de la administración con base en los principios de legalidad y proporcionalidad; (ii) la figura jurídica de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los Contratos Estatales; y (iii) el alcance y la procedencia de su modificación por vía judicial.

En relación con la potestad sancionatoria contractual se reitera que:

*Para el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse previamente con los postulados propios del principio de legalidad. (Consejo de Estado, Expediente No. 17.936, 2009).*

En relación con la figura jurídica de las multas y la cláusula penal pecuniaria en los Contratos del Estado, se destaca que en virtud de la Ley 1150 de 2007, queda claro que las entidades pueden ejercitar de conformidad con la Ley y el contrato-, la potestad sancionatoria en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.

Así mismo, en relación con el principio de proporcionalidad, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo en sentencia de 2010, radicado número 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09), advierte que el mencionado principio cumple dos funciones a saber: en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto y en segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa, siendo el principio de proporcionalidad la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo.

Las sanciones, en especial las multas (dejando a un lado la cláusula penal) además de ser un factor importante en la etapa contractual y post contractual, es decir, para la ejecución y liquidación del contrato estatal, es un factor que cada día se convierte en determinante en la etapa precontractual, es decir, en la escogencia del contratista y en la exigencia contractual y postcontractual.

Ya en vigencia de la nueva normatividad, la posibilidad de imponer unilateralmente las multas por parte de la administración pública queda estipulada como mandato legal (ley 1150 de 2007, el artículo 17), pero siguiendo lo establecido con los criterios antes mencionados como que hayan sido pactadas en los acuerdos con los contratistas bien sea en el contrato o en los pliegos de condiciones, la jurisprudencia vuelve a fijar los alcances legales a través de reglas de derecho ya mencionados como el principio de proporcionalidad, exhaustivamente para las cláusulas penales y no para las multas. Entre tanto es menester reflexionar que si bien se ha dicho por el mismo Alto

tribunal que son predeterminadas y fijas en caso de incumplimiento parcial, apartándose lo dicho en pronunciamientos anteriores la jurisprudencia con el fallo de fecha 20 de octubre de 2005, podemos identificar que para el último criterio la sentencia de 2008 del Consejo de Estado Sección Tercera C. P. ENRIQUE GIL BOTERO, radicado número 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), en vigencia de la ley 1150 de 2007, refrenda la posición de la imposición unilateral por parte de la Entidad Contratante, de las multas y en especial de las cláusulas penales pactadas en el contrato sin necesidad de hacerlas exigibles ante el juez del contrato, pero hace especial referencia al principio de proporcionalidad por los incumplimientos del contratista, argumentando que las cláusulas penales son una estimación de los perjuicios provocados por el incumplimiento, pero si el incumplimiento provocó unos perjuicios menores a los señalados en la cláusula penal, entonces su imposición debe ser en menor grado; entonces debe fijarse una reducción, como desarrollo también de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial establecido en la Constitución política.

No obstante, cuando el valor de lo estipulado en la cláusula penal es menor a los perjuicios causados, no se aplicará el principio de proporcionalidad, sino el de la reparación integral del daño que aplica, en aquel momento el Consejo de Estado, la normatividad del Derecho Privado que se enmarcan en el artículo 867 del Código de Comercio y lo establecido en el Código Civil Colombiano, capítulo de los contratos.

Para el Consejo de Estado en su exposición del principio de proporcionalidad avisa que:

*“El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.”*

Agrega el Consejo de Estado

*“Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el*

*subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, en virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija.”*

“Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio *ex-ante* y otro *ex-post*, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria” (Consejo de Estado, expediente no. 17009, 2008).

Cabe entonces reflexionar que las cláusulas penales en criterios del fallo del 13 de noviembre de 2008, se impondrán unilateralmente sin necesidad de acudir ante el juez, característica propias del derecho público, pero se aplica al derecho privado puesto que en caso avocado por la sala, *el Contratista debe ser considerado como un comerciante*, a través del principio de proporcionalidad; por ende, las cláusulas penales no son fijas y predeterminadas y podría la Entidad Contratante imponerlas por debajo de lo pactado y si es del caso, conciliar como solución alternativa de conflictos, apartándose del criterio asumido por la Corte Constitucional en el cual las acciones y actos administrativos sancionadores del Estado no se podrían conciliar en su esencia. Igualmente, es de registrar algunos interrogantes como el régimen de aplicar en aquellas actividades que el Contratista pueda ser considerado *como No comerciante* sino como constructor o prestador de servicios profesionales; ¿deberá igualmente aplicarse el derecho privado y el principio de proporcionalidad?

No obstante, frente a las multas en la contratación estatal no se avizora la aplicación del principio de proporcionalidad, puesto que las multas obedecen a una potestad sancionadora de un incumplimiento parcial, pero no de tasación de perjuicios sino de apremio al contratista para que cumpla lo pactado y no se podría entonces transigir, desistir o conciliar una multa, puesto que su naturaleza sería distinta.

A manera de conclusión las multas, y las cláusulas penales han venido siendo tratadas como instrumentos de sanción en los contratos estatales de manera idéntica, pero las multas en su naturaleza y operatividad son distintas y generan una concepción propia respecto de las cláusulas penales.

Entre tanto el Consejo de Estado en sentencia de 2004, radicado número 68001-23-15-000-2002-0564-01(24225), establece que las cláusulas penales son susceptibles, al igual que las multas, de transacción y por ende, de conciliación, en el sentido que las partes y en especial las entidades públicas contratantes, podrán arreglar sus diferencias al imponer multas y cláusulas penales en el sentido de llegar a un arreglo económico inferior al estipulado en el acto administrativo que las declaró o las estipuló en el contrato o clausulado, teniéndose como punto de partida, entre otros, los principios de conveniencia y equidad, pero, agrega el Juez Administrativo, razones y/o principios de proporcionalidad, y de no lesividad y legalidad.

### **Conclusión**

Podemos concluir que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos son permitidos en las controversias que se susciten en la ejecución de un contrato estatal, pero tratándose del cumplimiento de la cláusula penal y las multas no son requisito de procedibilidad la conciliación, toda vez que la administración está actuando en nombre del Estado y por lo tanto, se debe pensar que este no puede actuar como si fuera un particular en sus negocios, ya que los contratos estatales se realizan con el objetivo de dar cumplimiento a los fines del Estado.

Ahora bien, al permitir conciliar la cláusula penal y las multas, estas perderían su razón de ser como medio coercitivo que tiene el Estado para sancionar al contratista que incumple. Pues de lo contrario, “la multa perdería entonces su naturaleza de castigo y podría convertirse incluso en benéfica para el contratista, quien por esa vía obtendría una extensión del contrato, sobre la base,

paradójicamente, de su propio incumplimiento” (Consejo de Estado, Radicado 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040), 2010).

*Cuestión distinta será que, agotados otros medios para obtener el pago de la multa, la entidad estatal acuda a la jurisdicción coactiva, dentro de la cual, ya no en el contexto del contrato, sino de los procesos de ejecución, será posible celebrar acuerdos de pago para garantizar, no la obtención de bienes o servicios para el Estado, sino el recaudo final de las sumas debidas.* (Consejo de Estado, Radicado 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040), 2010)

Finalmente cabe resaltar respecto de la cláusula penal pecuniaria, que siendo esta una sanción grave y una vez demostrada la culpabilidad por parte del contratista, el juez tiene la facultad de aplicar el principio de equidad y proporcionalidad, evaluando el porcentaje de incumplimiento de las obligaciones dejadas de ejecutar por parte del contratista con el objetivo de brindar justicia.

## **CAPÍTULO V**

### **EL INCUMPLIMIENTO Y LAS PÓLIZAS DE SEGUROS EN EL CONTRATO ESTATAL**

Cuando las entidades estatales celebran un contrato y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo, se garantiza por parte del contratista mediante una póliza de seguros, estamos frente a un tipo de contrato de seguros, en lo que a ello se refiere.

En principio en el artículo 7 de la ley 1150 de 2007 estipula que todos los riesgos que devenguen del incumplimiento del contrato estatal, debe estar asegurados mediante una garantía única de cumplimiento en favor de las entidades estatales, reglamentación que ha sido incorporada en su totalidad por el decreto 1082 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de la Planeación Nacional).

La garantía tiene como finalidad la protección del Patrimonio Público, por tanto, el mencionado seguro está vinculado al artículo 1088 del código de comercio el cual estipula que la indemnización de daños a través de la póliza, solo procederá cuando se demuestre que la ocurrencia del riesgo amparado generó perjuicios.

El seguro ampara los siguientes riesgos teniendo en cuenta el periodo contractual en el cual opera el respectivo cubrimiento, es decir, primero, los riesgos provenientes de la ejecución del contrato (etapa contractual), segundo, los riesgos ocasionados después al plazo de ejecución del acuerdo contractual (riesgos poscontractuales).

Dado las circunstancias de no pago de la póliza de seguro, en la contratación estatal, no genera la terminación automática de esta garantía debido a que tiene como finalidad la de proteger el patrimonio público tal como se constata el artículo 7 de la ley 1150 de 2007.

### **¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador?**

Es decir ¿a partir de cuándo es exigible por la Administración al Asegurador el pago de la acreencia?

El Honorable Consejo de Estado ha referido en sentencia de 2002, radicado número 25000-23-26-000-1999-2326-01(22511), menciona que cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible solo cuando el acto administrativo constitutivo que indague la existencia del siniestro, el cual compendia una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer.

Ese acto administrativo es la manifestación jurídica del reconocimiento del suceso del riesgo asegurado (hecho). Por lo tanto, cuando el Estado reconoce, en acto administrativo, la existencia del siniestro de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que el crédito a favor de la Administración sí tiene fuente en el contrato estatal, pues, de una parte, el siniestro que debe indemnizar al Asegurador es el reconocido por la Administración y de otra, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista estatal.

Además en apoyo de lo anterior puede recurrirse al Código de Comercio el cual califica como víctima al beneficiario del contrato de seguro. Por lo tanto si la responsabilidad del asegurado proviene de que acaeció el riesgo “asegurado por el tomador”, es decir el incumplimiento contractual del contratista de la Administración, se colige también que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara y expresa contra el asegurador, cuando esté en firme (exigibilidad), conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal; esos documentos son: el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de

cumplimiento y las resoluciones por las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista, los anteriores documentos conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En efecto, cuando es la administración el beneficiario del contrato de seguro, aquella esta privilegiada de la decisión previa, es decir que no tiene que acudir ante la rama judicial para que se declare la existencia de la obligación del asegurador, a través de acto administrativo, artículo 68 numerales 4 y 5 del C.C.A, reconocer la existencia del siniestro y requerir al asegurador a cumplir la obligación indemnizatoria. Esta decisión queda dotada como todo acto administrativo de las cualidades presuntas de legalidad, en cuanto al derecho, y la veracidad en cuanto a los hechos. Por consiguiente, cuando particularmente la Administración hoy ejecutante reconoció la existencia del siniestro y fijó la cuantía del perjuicio, demostró los supuestos exigidos por el artículo 1.077 del código de Comercio que son la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio.

### **Suficiencia de la Garantía en cuanto a la Cláusula Penal y las Multas**

Es preciso destacar que las Entidades Públicas según la sentencia de 2006 del Consejo de Estado, expediente número 1748:

*“...En el principio de la autonomía de la voluntad, (...) pueden pactar en los contratos estatales, estipulaciones en cuyo único fundamento y oponibilidad sea el acuerdo de las partes, materializado con la suscripción del contrato, con la finalidad de conminar al contratista a su cumplimiento o de sancionarlo por el retraso o incumplimiento de las obligaciones, facultando a dichas entidades para imponerlas, previa observación de un procedimiento que dé garantía al derecho a la defensa así como a controvertir la prueba.”*

Por esta razón, las Entidades Estatales con el objeto de resguardar el patrimonio público y los intereses de la sociedad, en todo contrato que celebren debe ir inmersa a la cláusula penal y las multas, respaldada con una garantía que permita, en el peor de los casos, hacerlas exigibles ante el incumplimiento del contratista, y decimos en el peor de los casos por cuanto lo que se persigue con la contratación es que se cumpla con el objeto del contrato, en pro de los intereses de la colectividad, que es a donde apuntan los fines del Estado.

Surgen otras condiciones para los contratos en el tema de incumplimientos y las multas frente a las garantías y/o pólizas en el contrato estatal. De otra parte, y consecuente con la jurisprudencia objeto de análisis, de las garantías en los contratos estatales con el fin de proteger el interés institucional y resguardar patrimonialmente a la Entidad, la Ley 80 de 1993 contempla la denominada garantía única, pólizas de cumplimiento que presta el contratista para avalar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato y cuyos riesgos están reglamentados<sup>63</sup>, acudiendo a la garantía que ampara el concerniente contrato, encontrando que la misma Sala de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia de 24 de mayo de 2001, ha señalado que a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, las garantías en los contratos estatales han tenido la connotación de ser obligatorias, ya que las debe otorgar todo aquél que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Es así como es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos.

Se tiene entonces, que la función de las garantías contractuales configurada por el Consejo de Estado en sentencia con número de expediente 13598, es:

*“Salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista”. Por consiguiente, “Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que ellas no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inejecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo.”*

La posición jurisprudencial estudiada **advierte de la competencia de la Entidad Contratante para declarar, mediante acto administrativo,** la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en

---

<sup>63</sup> Decreto 679 de 1994.

consecuencia, ordenar hacer efectiva la póliza de cumplimiento constituida para garantizar este riesgo, puesto que hacer efectiva la garantía - póliza no constituye la imposición de una sanción.

### **De la declaratoria del incumplimiento del contrato como sinónimo de siniestro**

Resulta importante precisar que para la exigibilidad de una garantía- pólizas de seguros- debe configurarse el siniestro, que según el art 1072 del Código del Comercio, es la realización del riesgo asegurado, para nuestro caso el incumplimiento.

Dentro del Estatuto de la Contratación Estatal, la configuración del siniestro puede darse también en virtud de la declaratoria de la caducidad, artículo 18 de la Ley 80 de 1993:

#### *“Artículo 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS*

*(...) Si se declara la caducidad no habrá lugar a la indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. **La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.**” (Subrayado propio y fuera del texto)*

“Si la administración se decide por la caducidad, es claro que la declara mediante acto administrativo que goza de los privilegios de la declaración previa y la ejecución oficiosa” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado número 110001-03-06-000-2013-00384-00(457), 2013).

Además, la misma norma que se comenta, le da a la caducidad el efecto de ser constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Ahora bien en caso de que no opte la administración por la declaratoria de la caducidad, conforme al inciso 2 del artículo 18 ibídem, ¿cómo se configuraría el siniestro?

#### *“Artículo 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS*

*(...) En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.”*

Ahora bien, en este sentido, la práctica cotidiana nos enseña que al no declararse la caducidad, lo que busca la administración, en todo caso, es llevar a feliz término la ejecución de la obra o labor contratada; para ello, se acude a mecanismos alternos de solución de conflictos; pero en eventos en donde “el contratista no se aviene a convenir con la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, esta puede, mediante acto administrativo o debidamente motivado, adoptarlas y hacerlas obligatorias” (Chavez & Molina Castro , 2008). Por tanto, y bajo el amparo del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, podría también mediante acto administrativo que declare el retardo o el incumplimiento parcial de la obligación, cobrar las cláusulas penales estipuladas para estas situaciones.

En conclusión la configuración del siniestro opera:

- Por declaratoria de caducidad
- Por acto administrativo motivado que así lo disponga

### **Cobro de la Póliza.**

Configurado el siniestro como exigencia para la exigibilidad de la póliza de seguros, surge el siguiente interrogante el cual se centra en determinar si una vez declarado el incumplimiento mediante acto administrativo, está la Entidad Estatal facultada o no, para “el cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, Expediente No. 1748, 2006), y la cláusula penal.

Es obvio, de conformidad con lo anteriormente expuesto, que la administración, por si, está habilitada para expresar el incumplimiento del contratista ya sea por la vía de la caducidad o no,

también es claro que está facultada para acudir ante el garante con la intención de hacer exigible el pago derivado del incumplimiento, pues no tendrá sentido declarar un incumplimiento, para no acudir al pago del mismo, cuando la ley faculta para ello, al decir que será exigible.

Por lo anterior, no hay asomo de incertidumbre sobre la potestad que le asiste al Administrador para acudir ante el asegurador para hacer exigible el pago de lo debido ya sea “a manera de apremio, de garantía o de indemnización de perjuicios, según la redacción exacta de ellas” (Chavez & Molina Castro , 2008).

### **¿Qué procedimiento debe seguir para ser efectivo el pago por parte del Asegurador?**

Como se expresó en anteriores apartes, que al declararse el incumplimiento estamos frente a una obligación clara, expresa y exigible, nos apartamos de esta tesis y por el contrario planteamos que lo más sano y conveniente para la administración es seguir la vía de la reclamación ante la aseguradora, conforme al derecho privado, lo cual siempre debe estar contemplado dentro de las condiciones generales de la pólizas de seguros; con ello se da más garantía y agilidad para el cobro, teniendo en cuenta para la reclamación cumplir con el lleno de los requisitos que se exigen dentro de la normatividad de seguros.

### **¿Qué ocurre si para el momento en que queda en firme la declaratoria del incumplimiento, la vigencia de la póliza ha expirado?**

Con la declaración del siniestro queda facultada la Administración para el cobro de las pólizas el cual debe hacerse durante la vigencia de las mismas.

La póliza de seguros como garantía en circunstancias de presentarse incumplimiento, deberá conservarse vigente al mismo tiempo en que el contrato se encuentre aún en vigencia al igual que su liquidación; cabe recordar “que tratándose de pólizas, su expiración no opera ni por falta del pago de la prima ni por la revocatoria unilateral” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, Expediente No. 1748, 2006).

En la sentencia del 2006 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, Expediente No. 1748, al tratar la vigencia de las pólizas de seguros, es una medida en el tiempo en el cual la aseguradora se encuentra en la obligación de reconocer por el riesgo que se encuentra bajo

protección, asunto que nos conduce a la oportunidad con la que cuenta el asegurado, para, ante la ocurrencia del siniestro hacer exigible la deuda de responsabilidad.

De acuerdo a la postura del Consejo de Estado, en sentencia de 2006, expediente número 1748, “para que las aseguradoras respondan por el riesgo de incumplimiento por ellas asegurado, este debe llevarse a cabo dentro del plazo de vigencia de la póliza”, mediante la reclamación; consideramos que si ha vencido la vigencia de la misma, no es óbice lo anterior para que la Aseguradora se evada del pago de la póliza, por cuanto la prescripción, conforme lo dispone el Código de Comercio es de dos años para la ordinaria y de cinco años para la extraordinaria.

Así las cosas, si vencido el término de vigencia de la póliza, no se hizo exigible, la Administración cuenta con dos años para que haga efectiva la misma, sin que opere la prescripción

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

ALESSI, Robert. Principi di diritto amministrativo, t.I, Milano 1971, pp. 214 y ss. Citado de Cfr. MARÍN HERNANDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad Administrativa*.

ALESSI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 1986. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

AMEAL, Oscar j. (Director) Y TANZI, Silvia y. (Coordinadora). Obligaciones En Los Albores Del Siglo XXI. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001.

ARIZA MORENO, Weiner. La Cláusula De Multas En La Contratación Estatal. Universidad de los Andes. Revista De Derecho Público No. 11. Junio De 2000. Facultad De Derecho.

BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886, Reimpr. Scientia Verlag Galen, 1964. p.43, citado en SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa. Editorial Cívitas, 1976.

BIELSA, Rafael. Los Conceptos Jurídicos y su Terminología. Editorial Buenos Aires. Argentina. 1987.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General De La Responsabilidad Civil. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1997.

CANALES GIL, Álvaro Y HUERTA BARAJAS, justo a. Comentarios Sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público. Editorial IUGM 2008, Madrid, España.

CASSAGNE, Juan Carlos. *“El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, 6ta. Ed. actualizada, Edil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda y MARTÍNEZ VARGAS Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y Regulación General. Editorial Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) Marzo de 2010.

CASTRO VITORES, Germán de. La Cláusula Penal ante la Armonización del Derecho Contractual Europeo, Dykinson, Madrid 09/2009.

CAZEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix a. Compendio De Derecho De Las Obligaciones T I y II. Ed.Platense SRL. La Plata, 1986.

Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. El Contrato Administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, 2 ed., Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds), Madrid, Trotta, 2005.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Bogotá, Temis, 1987.

ORTIZ, Hugo Daniel & Otros. Trece Principios generales del derecho apoyados en aforismos jurídicos latinos. 1 edición. Editorial Universidad Antonio Nariño, 2012.

ORTIZ, Hugo Daniel & Otros. Perspectiva de la discrecionalidad en el retiro de los empleados, una comparación entre Colombia y España. Bogotá. Editorial Universidad Libre de Colombia, 2012.

ORTIZ, Hugo Daniel. Aspectos Constitucionales y Legales de la Unión Marital de Hecho en Latinoamerica. Editorial Tirant Lo Blanch, 2016.

PENAGOS, Gustavo. Desde el Acto Administrativo. Liberia El Profesional. 3 ed.

DE VIVERO ACINIEGAS, Felipe. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Editorial – Universidad de los Andes. 2010, 1ª. ed.

DÍAZ ALABART, Silvia. “Reglas De Interpretación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), Comentarios A La Ley De Condiciones Generales De La Contratación. Aranzadi. Navarra, 1999.

DIEZ, María Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I, editorial Plus Ultra 1983.

DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Público. Editorial Blas y Cía., Madrid, 1935.

ENTRENA CUESTA, Rafael. La Nueva Contratación Pública. Editorial INAP, Madrid, 2002.

FERNANDEZ ASTUDILLO, José María. Contratación Pública. 1ª. Ed. 2008. Barcelona.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón Y BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.

FIORINI A. Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo. La Ley Buenos Aires

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. La Contratación Administrativa-, Editorial Leyer, 5 ed. Bogotá, 2010.

FUEYO LANERY Fernando, Derecho Civil, Imp. Y Litio. Universo. S.A, 1ª. Ed. Santiago de Chile, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 8 ed. Editorial Ovitás, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I Editorial Civitas.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. 9 ed. Editorial Tecnos. Madrid. 1.989.

GOMEZ CARDONA, Efraín. La Responsabilidad del Estado en la Nueva Constitución. Medellín, Editorial Jurídica Dike, 1995.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, 1ª. ed. Colombiana, Biblioteca editorial DIKE, 1998.

MARIENHOFF, Miguel s. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 3 ed. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988.

MARÍN GARCÍA, Ignacio. La Cláusula Penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2009.

MARÍN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1ª. ed. Bogotá 2007.

MARZOULI. Potere administrativo. cit., pp. 191y ss. Citado de Cfr. MARÍN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa.

MOLINA BETANCOUR, Carlos Mario. Aspectos Novedosos de la Contratación Estatal y de la Responsabilidad del Estado. Editor Académico. Editorial: Universidad de Medellín, agosto de 2008.

PARRA GUTIERREZ, William Rene. Los Contratos Estatales. Ediciones Librería El Profesional, 4ta Edición 1999. Capítulo VII.

RESNIK, Michael d. Elecciones. Una Introducción A La Teoría De La Decisión. Gedisa. Barcelona, 1998.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Los Principios Generales del Derecho en la Contratación Administrativa, Librería Jurídicas Wilches, 1989.

SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa. Editorial Cívitas, 1976.

SALGAR BENETTI, Julio, El arbitraje en el Derecho Colombiano, Bogotá 1994, Editorial Temis S.A.

SANDOVAL ROJAS, Marleny, Nuevo Régimen de la Contratación Estatal, Ediciones Doctrina Y Ley.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (compilador). Contratación Estatal. Legislación. Editorial: Universidad Externado de Colombia (Bogotá-Colombia). 3 ed. Julio de 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (compilador). Contratación Estatal. Legislación. Editorial: Universidad Externado de Colombia. 2009.

SHÄFER, hans-bernd Y OTT, claus. Manual De Análisis Económico Del Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1991.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Editorial Temis, 1990;

VALENCIA ZEA Arturo, Derecho Civil de las Obligaciones, Temis, 9 ed. Bogotá, 2004.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1977.

## **JURISPRUDENCIA**

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO (26 de febrero de 1.998) -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR (25 de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) Radicación número: 1237.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil Sentencia (25 de mayo de 2006) Expediente 1748.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil Sentencia (29 de noviembre de 2010) Expediente 2040. NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación diciembre de 2010.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Radicación: 11001-03-06-000-2006-00050-00, (25 de mayo de 2006). Actor: MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia (19 De Agosto De 2004).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia (julio 19 de 2007)- Radicación No. 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, (19 de agosto de 2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia (30 de julio de 2008) Expediente 21574. Consejero ponente ERIQUE GIL BOTERO.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia del 20 de junio de 2002, Rad. 19488.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia (23 de septiembre de 2009), radicado No. 24639.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, (11 de diciembre de 2002), Radicación No. 25000-23-26-000-1999-2326-01(22511).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos D. Expediente 13598.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. (Octubre 1o de 1992). Radicación No. 6631

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. (Octubre 1o de 1992). Radicación No. 6631

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera Sentencia (9 de diciembre de 2004) Expediente 27921.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia (Octubre 1 de 1992). Exp. 6631 CP. Carlos Betancourt Jaramillo

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Bogotá, D.C, (mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006).Radicación: 1.748.Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de la Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia (Febrero 23 de 2000). C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Exp. No. 16394.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., (13 de Julio 2000). Radicación No.12513.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero ponente ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ; Bogotá D.C., (febrero 16 de 2001), Radicación No. 16596.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera con ponencia de Consejero Ricardo Hoyos Duque, Sentencia (20 de junio de 2002), Radicación No. 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, sentencia (11 de marzo de 2010).Radicación No.: 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia n° 25000-23-26-000-1991-07391-01 del 26 de Febrero de 2004.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, sentencia (26 de enero de 2006), Radicación No. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, (mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá D.C., (veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, 2009. No. Radicado: 25000 23-26-000-2001-01219-01 2009.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia (12 de noviembre de 2014) No. Radicado: 29165.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia (20 de febrero de 2017) No. Radicado: 56939.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia (20 de febrero de 2017) No. Radicado: 56562.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia (22 de octubre de 2012). Expediente No. 20738.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente: Myriam Guerrero Escobar. Sentencia (23 de septiembre de 2009) No. Radicado: 24639.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia (24 de octubre de 2013) Expediente No. 24897.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-1048/01, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. (Octubre 4 de 2001).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 031 de 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU- 917 de 2010.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena, Sentencia c-454 (Octubre 20 de 1994). Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -484 de 1995 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 de 1994, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-525 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-445 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Sentencia de 28 de abril de 1979.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia (23 de junio de 2000), Exp.No.4823

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena (1 de octubre de 1992) Expediente 6631

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala Plena, Sentencia (27 de Septiembre de 1974).

Decreto 679 de 1994.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil Sentencia (23 de mayo de 1996), Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607

COLOMBIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera del Consejo de Estado Sentencia del 20 de octubre de 2005.

COLOMBIA. Sentencia C-1514 de 2000 de la CORTE CONSTITUCIONAL M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

COLOMBIA. Sentencia C-827 de 2001 INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. Graduación de cláusula penal pecuniaria.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1784. (Sentencia del 25 de mayo de 2006) C.P: Enrique José Arbaleda Perdomo

COLOMBIA. Sentencia CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO expediente 6631 del (1 de octubre de 1992). Consejero Ponente Carlos Betancourt Jaramillo.

COLOMBIA. Sentencia CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Expediente 7757 (20 de octubre de 1.995) C.P. Juan de Dios Montes Hernández

COLOMBIA. Sentencia CONSEJO DE ESTADO. Expediente 22261 del (28 de octubre de 2.004 C.P). Germán Rodríguez Salazar Incumplimiento Parcial - Sanción proporcional

COLOMBIA. Sentencia CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil del 25 de mayo de 2006 Expediente 1748

COLOMBIA. Sentencia CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del 19 de agosto de 2004 Expediente 12342

COLOMBIA. Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena del (22 de febrero de 2001) Expediente 18410

COLOMBIA. Sentencia de 9 de septiembre de 1999, abril 10 de 2000, 19 de noviembre de 2001, 18 de marzo de 2003, entre otras.

COLOMBIA. Sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil nueve (2009). Referencia Expediente C-2589931030022005-00103-01.

COLOMBIA. Sentencia del dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009). Ref.: Expediente No.68001 3103 001 2001 00389 01.

### **REVISTAS**

La cláusula de multas en la Contratación Estatal, Revista de Derecho Público N° 11, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

Memorias I Congreso Nacional de Derecho Público conferencia del Dr. Eduardo Andrés Velandia. Universidad Antonio Nariño 29 y 30 de abril de 2011 Neiva- Huila.

Revista de derecho, Universidad del Norte. 1:80-90,1992

**PAGINAS WEB**

Disponible en Internet  
[http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new\\_id=121&alr=aymsof](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=121&alr=aymsof)  
Ministerio del Interior y de Justicia República de Colombia. <http://www.mij.gov.co>

Disponible en Internet [www.disjuridica.com](http://www.disjuridica.com) Las cláusulas penales en los contratos estatales.

Disponible en Internet [www.disjuridica.com](http://www.disjuridica.com). Las cláusulas penales en los contratos estatales.  
MULTAS Y PENAL PECUNIARIA-Contratación Estatal: Información Jurídica Especializada.  
Contratación Estatal. Publicación de Marzo de 2007.