CCE-DES-FM-17

**POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones también establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

**CLÁUSULA PENAL- estimación anticipada de perjuicios / CLÁUSULA PENAL – Funciones**

[…] 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.” Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (…)”. […] la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber: *i)* estimación anticipada de perjuicios; *ii)* medio de apremio al deudor, y *iii)* caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Artículo 86 Ley 1474 de 2011**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las “entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento […]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento”. Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del “principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”. A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en “todas las actuaciones administrativas” como lo ordena el artículo 29 superior.

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

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

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Funciones**

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, se ha dicho que este principio 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.”

**CLÁUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Debido proceso**

se aclara que para efectos de imponer las multas y sanciones, es necesario dar a conocer dichas pruebas al contratista en garantía de su derecho de defensa, contradicción, y al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Al respecto, es importante indicar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso el debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como ya lo vimos, reglamentó el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para imponer unilateralmente multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento. De la lectura de dichos artículos se observa el querer, por parte del legislador, de que el contratista cuente con un procedimiento sancionatorio contractual que tenga plena garantía al debido proceso.

**CLAUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Aplicación de criterios proporcionales y razonables**

La contratación estatal, no se escapa a la aplicación del principio de proporcionalidad, durante las etapas de estructuración, planeación, y a lo largo de la ejecución del contrato, la administración debe hacer uso razonable y proporcional de todos los instrumentos jurídicos de los cuales puede disponer para el cumplimiento de los fines del estado, es por ello que se ha dicho que frente a la cláusula penal: Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal o la tasación de perjuicios en aquellos casos de incumplimiento no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

**CLAUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Aplicación del principio de proporcionalidad - Graduación**

La cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, y se pueden presentar dos situaciones: i) el monto estipulado no cubre los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o ii) el monto estipulado puede resultar excesivo, considerando que puede presentarse una ejecución parcial del contrato, para el primer caso, se debe acudir al juez, demostrar el monto de los daños sufridos y solicitar una reparación plena, en el segundo caso, el artículo 1569 del Código Civil establece que: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”, en este caso, la entidad que pretende dar aplicación de la cláusula penal deberá determinar los perjuicios en atención a razones objetivas, razonables y proporcionales de acuerdo a los sucesos de los hechos. Finalmente, la Entidad Pública al momento iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual y tenga que cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, debe atender a los principios de proporcionalidad, y verificar: “i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual”, con la finalidad de aplicar de manera razonada la cláusula penal pecuniaria y no incurrir en excesos.

Bogotá D.C., [Día] [MesNombreCapitalizado] [Año]



Señora

**Laura Johana Santos Vargas**

Ciudad

**Concepto C-454 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / CLÁUSULA PENAL- estimación anticipada de perjuicios / CLÁUSULA PENAL – Funciones / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Citación a audiencia – debido proceso – Contenido – Ley 1474 de 2011 – Artículo 86 / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Funciones / CLAUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Aplicación de criterios proporcionales y razonables / CLAUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Aplicación del principio de proporcionalidad – Graduación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230926015459 |

Estimada señora Santos Vargas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 26 de septiembre de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

“(…) La facultad establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 referente a la cuantificación de los perjuicios que se causen a la entidad como consecuencia del incumplimiento del contratista ¿implican la posibilidad de cobrar unilateralmente y por vía administrativa los perjuicios probados que excedan el monto establecido en la cláusula penal? O ¿es estrictamente necesario acudir a la jurisdicción para cobrar dichos perjuicios adicionales? ¿cuál es la postura actual de la jurisprudencia frente al cobro de los perjuicios probados que excedan el monto de la cláusula penal pecuniaria? (…)”.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) Procedimiento administrativo sancionatorio contractual, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ii) La cláusula penal y el perjuicio susceptible de compensación, para la proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de la cláusula y la tasación de perjuicios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, C-193 del 12 de abril de 2022, C-085 del 29 de abril de 2022, C-807 del 25 de noviembre de 2022, C-864 del 14 de diciembre de 2022 y C-140 del 13 de junio de 2023 analizó los conceptos referentes a las cláusulas penales y su determinación en la proporción conforme al principio de proporcionalidad[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

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

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*. ii) Algunas disposiciones establecen otras potestades, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es fruto de la autonomía de la voluntad y posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

Por su parte, las potestades exorbitantes del último grupo –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– son el resultado de una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[3]](#footnote-4). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007– se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida en que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

*“*[L]a multa y la cláusula penal mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder”[[4]](#footnote-5).

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que *“el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso”*[[5]](#footnote-6). De otro lado, la Corte Constitucional[[6]](#footnote-7) precisó que la tipicidad hacía referencia a *“la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”.*

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito *“hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”.*

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[7]](#footnote-8), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, en el sentido de que, *“[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato”*[[8]](#footnote-9).

Por lo tanto, en virtud de la autonomía de la voluntad –artículo 1602 Código Civil–, las partes de un contrato, para procurar el cumplimiento de las obligaciones a su favor, pueden pactar las cláusulas contractuales de apremio y la pena adjudicable a la parte incumplida. Su naturaleza es punitiva y se causan en los eventos en los que se configure un incumplimiento contractual del deudor.

En efecto, el artículo 1592 del Código Civil establece que “[l]a 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”. Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone que “[c]uando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse […]”.

Así, se ha entendido que la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber: *i)* estimación anticipada de perjuicios; *ii)* medio de apremio al deudor, y *iii)* caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ratificó esta naturaleza polifuncional de la cláusula penal, en los siguientes términos:

“[E]n el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina “cláusula penal” al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de “cláusula penal compensatoria” y en el segundo, “cláusula penal moratoria”; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una “obligación accesoria”, en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una “obligación condicional”, porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la “obligación principal”; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.”[[9]](#footnote-10)

Así pues, la cláusula penal en su modalidad de apremio tiene como propósito ejercer presión o amenaza sobre la voluntad del deudor, induciéndolo a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella, es decir, se trata típicamente de la cláusula de multas en la que la pena no sustituye la obligación principal ni la indemnización compensatoria, sino que persigue compulsar al deudor al cumplimiento de la obligación en forma oportuna, efectiva e integra.

En tal sentido, es importante destacar que la cláusula penal es un elemento accidental en los contratos estatales, porque se pacta de común acuerdo por las partes, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, al que remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, la doctrina expresa: “*La cláusula penal pecuniaria se constituye en una tasación anticipada de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor de la obligación principal del contrato […]”[[10]](#footnote-11).* Asimismo, El Consejo de Estado plantea que: “*Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[[11]](#footnote-12).*

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

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

Cabe destacar que esta norma no cualifica o se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independiente de su gravedad, debe realizarse con plena observancia de las reglas procedimentales del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del “principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”[[12]](#footnote-13). A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en “todas las actuaciones administrativas” como lo ordena el artículo 29 superior.

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

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[13]](#footnote-14). De ahí que las entidades de *régimen especial[[14]](#footnote-15)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este[[15]](#footnote-16). La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

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

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

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

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

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

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los *hechos* que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento, iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86– y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos[[16]](#footnote-17).

Conforme lo expuesto, la entidad puede acompañar a la citación de la audiencia, las pruebas adicionales a los informes de supervisión o de interventoría que sirven para acreditar el incumplimiento. Por otro lado, debe señalarse que el literal d) del artículo 86 dispone que, en cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

Sin embargo, se aclara que, para efectos de imponer las multas y sanciones, es necesario dar a conocer dichas pruebas al contratista en garantía de su derecho de defensa, contradicción, y al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Al respecto, es importante indicar que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso el debido proceso como principio rector de la potestad sancionatoria de la administración en contratación estatal, y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como ya lo vimos, reglamentó el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para imponer unilateralmente multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento. De la lectura de dichos artículos se observa el querer, por parte del legislador, de que el contratista cuente con un procedimiento sancionatorio contractual que tenga plena garantía al debido proceso.

La Corte Constitucional en sentencia SU 339 del 4 de mayo de 2011[[17]](#footnote-18), indicó que el derecho al debido proceso, en ciertos casos tiene un “carácter instrumental” pues el estricto cumplimiento de “las garantías constitutivas del debido proceso administrativo y de las regulaciones legales que determinan la actuación del poder público, *se deriva la salvaguarda de otros derechos fundamentales*”. En virtud a ello, el contratista contra quien se adelanta esta clase de procedimiento administrativo sancionatorio cuenta, entre otros, con los siguientes derechos: i) a un procedimiento público; ii) el ser oído antes de la decisión; iii) a la defensa y contradicción; iv) a aportar pruebas y a contradecir las que se alleguen en su contra; iv) que el procedimiento se adelante ante la autoridad competente para conocer del asunto; v) a que se le otorgue un tratamiento igual que el dado a otros particulares; vi) a que el procedimiento se adelante en un término razonable; y, vii) a que las decisiones sean motivadas, debidamente notificadas y a impugnar las mismas.

En fin, el principio al debido proceso busca en materia de contratación estatal “*en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente a las necedades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego*”[[18]](#footnote-19).Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-722 de 2010[[19]](#footnote-20) recordó que el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, permite que “*la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales*”.

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente[[20]](#footnote-21).

**2.3.** **La cláusula penal y el perjuicio susceptible de compensación**, **para la proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de la cláusula y la tasación de perjuicios**

Establecido como ya se dijo en precedencia, que la cláusula penal corresponde a una presunción del perjuicio, o en este contexto, la fijación de una indemnización anticipada de lo que ha de repararse, señalándose que el eventual incumplimiento que ha de declararse, dentro del contexto especial del procedimiento sobre el trámite sancionatorio contractual y la imposición de multas como prerrogativa de la potestad excepcional, conviene precisar, que dichos perjuicios corresponden a cuantías en un carácter compensatorio, como regla general, y no moratorio, pues de disponerse en ese sentido, solo sería con la intención especial de proteger una reparación de un tipo de contrato, cuya demora genere repercusiones en el tiempo.

Ahora bien, frente a la tasación de perjuicios la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que esta es discrecional por parte de la administración, sin embargo, debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, se ha dicho que este principio 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.”[[21]](#footnote-22)

La contratación estatal, no se escapa a la aplicación del principio de proporcionalidad, durante las etapas de estructuración, planeación, y a lo largo de la ejecución del contrato, la administración debe hacer uso razonable y proporcional de todos los instrumentos jurídicos de los cuales puede disponer para el cumplimiento de los fines del estado, es por ello que se ha dicho que frente a la cláusula penal:

“Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal o la tasación de perjuicios en aquellos casos de incumplimiento no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.” [[22]](#footnote-23) (Subrayado fuera de texto)

Como se mencionó anteriormente, la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, y se pueden presentar dos situaciones: i) el monto estipulado no cubre los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o ii) el monto estipulado puede resultar excesivo, considerando que puede presentarse una ejecución parcial del contrato, para el primer caso, se debe acudir al juez, demostrar el monto de los daños sufridos y solicitar una reparación plena, sin perjuicio de que se pueda declarar el siniestro y el cobro de la cláusula penal, en caso tal de que hayan pactado dicha posibilidad en el contrato, en el segundo caso, el artículo 1596 del Código Civil establece que: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”[[23]](#footnote-24), en este caso, la entidad que pretende dar aplicación de la cláusula penal deberá determinar los perjuicios en atención a razones objetivas, razonables y proporcionales de acuerdo a los sucesos de los hechos.

La jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, ha precisado que, si bien la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios, si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independiente del monto del perjuicio, sin embargo tiene dos excepciones: i) la establecida en el artículo 1600 del Código Civil, según la cual no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos**-,** salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) la establecida en el artículo 1569 del Código Civil, mencionada anteriormente.[[24]](#footnote-25)

Hecha la determinación del perjuicio, en el primero de los escenarios, como ya se indicó, a las voces del artículo 1600 del Código Civil, referido a la indemnización compensatoria que no ha sido satisfecha por efecto de existir un perjuicio en mayor proporción al advertido, frente al cual la norma enseña que, dicha cuantía adicional en ese evento puede ser perseguida solo si ha existido un pacto expreso que lo autorice, caso en el cual sí podría pensarse en ese escenario en una indemnización plena, e incluso concomitante e integrada con una reparación por mora en el cumplimiento de la obligación y compensatoria de los perjuicios ocasionados. Tal es la aproximación que se ha ilustrado cuando el doctrinante Ospina Fernández expuso:

“Fundándose también en la presunción de que la cláusula penal implica la estimación anticipada de todos los perjuicios que habrán de seguirse del incumplimiento o el retardo de la obligación principal, el artículo 1600 del Código Civil declara: "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.” De no ser así, el acreedor también podría recibir una doble indemnización: la pre-estipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios. De manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal, a menos de que aparezca que la pena solo se refiere a la indemnización moratoria, como tampoco al de aquella y la indemnización compensatoria.

Parece que entre los artículos 1600 y 1594 no existiese armonía en lo tocante al cúmulo de la pena moratoria, por una parte, y de la indemnización compensatoria o de la obligación principal, por la otra, respectivamente, porque según el 1594, basta que "aparezca" que la pena se pactó por el simple retardo para que pueda ser cobrada conjuntamente con la principal, al paso que el 1600 exige la estipulación expresa que deje a salvo la indemnización compensatoria para que esta pueda ser cobrada junto con la moratoria, aunque sea indudable que la pena se refiera solo a esta como en el ya propuesto ejemplo de que el contrato se limite a decir que el deudor pagará $ 100 por cada día de demora en la ejecución de la prestación debida.” [[25]](#footnote-26) (Subrayado fuera de texto)

Conclusión que igualmente encuentra eco, con la diferente doctrina[[26]](#footnote-27) autorizada sobre la materia de contratos, en la que en igual sentido exponen la necesaria estipulación en el instrumento de acuerdo de voluntades, para perseguir aquel perjuicio que supere lo acordado sobre la cláusula penal, en adición al valor previamente tasado.

Por otra parte, frente a su incidencia en la interpretación sobre normas civiles, la Corte Suprema de Justicia, igualmente dejó enseñado que dado el carácter de preliquidación del valor de los perjuicios a indemnizar, sin tener que realizar un ejercicio de exhibición probatoria, al tenor del artículo 1600 ya citado, esa es la razón de que se tenga por regla general la incompatibilidad de reclamar perjuicio adicionales a los ya estipulados en la cláusula penal, y solo es por vía excepcional, al existir el pacto inequívoco sobre el particular, que permite la acumulación de ambos conceptos, dejando la cláusula penal en esa construcción como una especie de sanción convencional con características disuasivas.[[27]](#footnote-28)

Ahora bien, se encuentra la posibilidad de que la cláusula penal se vea reducida en proporción a la parte ejecutada del contrato, pero esto no significa que ese sea el parámetro del daño, porque “puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.”[[28]](#footnote-29)

En consonancia con lo antes dicho, la Sección Tercera del Consejo de Estado[[29]](#footnote-30), reitera lo que desde el proveído del 13 septiembre de 1999, dentro del expediente Nro. 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque y en sentencia del 29 de noviembre de 2017, expediente Nro. 34800, C.P. Danilo Rojas Betancourth, dispuso acerca de aquél evento en que se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez el contrato para que sea este último quien determine el mayor valor del perjuicio no contenido en la cláusula penal, indistintamente de la posibilidad de disponer el cobro parcial de dicha cláusula o lo ya indicado de reducirlo acorde al principio de proporcionalidad ya anunciado. Esto obedece al alcance la potestad sancionatoria que deriva del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual si bien habilita para la declarar de manera unilateral el incumplimiento, lo limita al propósito de hacer efectiva la cláusula penal. Esto obedece al alcance de la competencia que dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pues hasta ese importe, el de la cláusula penal previa declaración de incumplimiento, fue que autorizó el legislador que podría la entidad hacer uso directamente del cobro, dejando lo que en exceso de ello pueda considerar, ser necesariamente puesto en consideración del juez natural del contrato.

**3. Respuesta**

“(…) La facultad establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 referente a la cuantificación de los perjuicios que se causen a la entidad como consecuencia del incumplimiento del contratista ¿implican la posibilidad de cobrar unilateralmente y por vía administrativa los perjuicios probados que excedan el monto establecido en la cláusula penal? O ¿es estrictamente necesario acudir a la jurisdicción para cobrar dichos perjuicios adicionales? ¿cuál es la postura actual de la jurisprudencia frente al cobro de los perjuicios probados que excedan el monto de la cláusula penal pecuniaria? (…)”.

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia solo tendrá competencia para definir el alcance interpretativo que se le pudiera otorgar al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin que estos se dispongan como lineamientos obligatorios, en el efecto de disponer la cuantificación de los perjuicios.

Sin perjuicio de lo anterior, Como se mencionó anteriormente, la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, y se pueden presentar dos situaciones: i) el monto estipulado no cubre los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o ii) el monto estipulado puede resultar excesivo, considerando que puede presentarse una ejecución parcial del contrato, para el primer caso, se debe acudir al juez, demostrar el monto de los daños sufridos y solicitar una reparación plena, sin perjuicio de que se pueda declarar el siniestro y el cobro de la cláusula penal, en caso tal de que hayan pactado dicha posibilidad en el contrato, en el segundo caso, el artículo 1596 del Código Civil establece que: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”, en este caso, la entidad que pretende dar aplicación de la cláusula penal deberá determinar los perjuicios en atención a razones objetivas, razonables y proporcionales de acuerdo a los sucesos de los hechos.

Conclusión que se deriva del alcance de la competencia que dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la cual solo abarca imponer multas yla posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal, previa declaración de incumplimiento. Tal limitación de la potestad sancionatoria de la entidad contratante supone que las reclamaciones referentes a perjuicios ocasionados en exceso del monto de la cláusula penal– en el marco de contratos en los que no aplique la regla supletiva del artículo 1600 del Código Civil–, son asuntos que deben ser dirimidos por el juez natural del contrato.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Jorge Mario Payares Villa  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Rad. 20.916. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Véase también: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. Magistrado Ponente; Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)
8. Ibidem. [↑](#footnote-ref-9)
9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta. [↑](#footnote-ref-10)
10. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 181. Frente a este tema, David Suárez Tamayo expresa: “ […] las multas se han considerado como un apremio, acoso, conminación para que el contratista se ponga al día en sus compromisos, pero igualmente tienen una connotación sancionatoria; de otra parte, la penal pecuniaria es una estimación anticipada, pero no de perjuicios, es decir, tiene un carácter resarcitorio, indemnizatorio, de garantía, pero al igual que las multas, también puede llegar a considerarse como una sanción» (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA, 2014. p. 10). [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Op. cit., Exp. 17.009. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-13)
13. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-14)
14. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-15)
15. Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C–434 del 29 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-16)
16. La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: “Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

    »Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto». [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional, sentencia de Unificación Jurisprudencial SU 339 del 4 de mayo de 2011. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Exp. T-2.735.401 [↑](#footnote-ref-18)
18. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2017). “Potestad sancionatoria de la administración en materia de contratación estatal”. Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge (Ed.) *“Contratos Públicos: problemas, perspectiva y prospectivas”-* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017 [↑](#footnote-ref-19)
19. Corte Constitucional, sentencia de acción de tutela del 13 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt. [↑](#footnote-ref-20)
20. En este sentido, Suárez Tamayo indica: “La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)». (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165). [↑](#footnote-ref-21)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009. [↑](#footnote-ref-22)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 53877. [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009. [↑](#footnote-ref-24)
24. *Ibíd* [↑](#footnote-ref-25)
25. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. “Régimen General de las Obligaciones*”.* Bogotá – Colombia. Editorial Temis S.A. 2021. Ed. Séptima. P. 152-153. [↑](#footnote-ref-26)
26. VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. “Estudio sobre obligaciones”. “(…) Siendo ello así, preciso es concluir que cuando el artículo 1600 prohíbe, salvo pacto en contrario, la acumulación de la indemnización de perjuicios y la pena, es porque ésta es la compensatoria, ya que reemplaza la obligación, finalidad que también persigue la indemnización de perjuicios compensatorios, evitándose así el doble cobro. Por lo mismo, pueden acumularse la pena compensatoria y la moratoria, si ambas se estipularon en el acto jurídico respectivo645. También por idéntica razón, pueden acumularse los perjuicios moratorios a la cláusula penal que funge como compensatoria”. [↑](#footnote-ref-27)
27. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Margarita Cabello Blanco, SC170-2018, Radicacienn.011001310303920070029901, Bogotá D. C. quince (15) de febrero de dos mil Dieciocho (2018). [↑](#footnote-ref-28)
28. *Ibíd* [↑](#footnote-ref-29)
29. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación: 110010326000200900034 00 Expediente: 36600 Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ [↑](#footnote-ref-30)