**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral**

Por su parte, la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al EGCAP –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.

**MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Postura de la Agencia**

[…] el límite temporal para la imposición de la cláusula penal pecuniaria debe definirse con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que es la norma vigente que actualmente asigna esta potestad a las entidades estatales y define los límites frente a su aplicación. En este sentido, la Ley 1150 de 2007 determinó de manera expresa que las entidades sometidas al EGCAP pueden imponer las multas pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, siempre que “se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”. […]

[…]

Lo anterior quiere decir, como se desprende de su literalidad, que la entidad puede imponer las multas y cláusula penal pactadas en el contrato, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo que define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido sise armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede verificarse después del plazo pactado para la ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, como se explicó ampliamente en el acápite anterior, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica. No obstante, la entidad deberá determinar si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señor

**Luis Ferney Parra Blandón**

luisfparrab@hotmail.com

Arauca, Colombia

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 200 de 2024** |
| **Temas:**  | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – Imposición unilateral / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA– Competencia temporal – Vencimiento del plazo – Postura de la Agencia  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240620006295  |

Estimado señor Parra:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha del 20 de junio de 2024, en la que realiza la siguiente consulta:

“La aplicación de multas en los contratos estatales, sólo opera dentro de ejecución del mismo puede aplicarse con posterioridad al vencimiento del plazo pactado para conminar al contratista al cumplimiento total del objeto, sin perjuicio de las facultades sancionatorias pactadas?” [sic]

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, se evidencia que la misma está relacionada con el límite temporal para el ejercicio de las potestades sancionatorias de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP, en particular, frente a la imposición de multas. Por lo que, se resolverá su consulta desde el siguiente jurídico: i) ¿cuál es el límite temporal para la imposición de multas derivadas de la declaratoria del incumplimiento del contrato estatal?

**2. Respuestas:**

|  |
| --- |
| Para esta Agencia el límite temporal para la imposición de la multa debe definirse con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que es la norma vigente que actualmente asigna esta potestad a las Entidades Estatales y define los límites frente a su aplicación. En ese sentido, la Ley 1150 de 2007 determinó de manera expresa que las entidades sometidas al EGCAP puedan imponer las multas pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, siempre que “se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”. Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden “[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]”, la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de vencido su plazo de ejecución, siempre que las obligaciones estén pendientes de cumplirse.  |

**3. Razones de la respuesta**

La respuesta anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Durante la ejecución de los contratos, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales y otras unilaterales, 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 –además del sometimiento a las leyes nacionales– 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) Otras disposiciones también establecen algunas 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 encuentra iii) la imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–.
* En lo que respecta a la imposición unilateral de la multa o la cláusula penal, debe indicarse que estas cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[1]](#footnote-1). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP –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. En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.
* En ese sentido, 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[[2]](#footnote-2), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: “[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio, una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato”[[3]](#footnote-3).
* De esta forma, debe precisarse que el proceso de imposición de multas en el marco del ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración, observa un límite temporal a la luz de lo indicado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Norma que, según se desprende de su literalidad, señala que la entidad puede imponer las multas y la cláusula penal pactadas en el contrato, mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones del contratista, lo cual, define el límite temporal para hacerlo. De hecho, no condicionó la aplicación de estas sanciones al plazo de ejecución del contrato, y esto tiene sentido si se armoniza con la finalidad de la multa o de la cláusula penal y los fines de la contratación estatal. En primer lugar, existen obligaciones cuyo cumplimiento solo puede verificarse después del plazo pactado para la ejecución y en caso de no cumplir en las condiciones acordadas la entidad tiene la facultad para conminar al contratista incumplido. En segundo lugar, si vencido el plazo de ejecución el contratista no cumple, la obligación no se extingue, pues de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil el vencimiento del plazo contractual no es un modo de extinguir las obligaciones, salvo pacto en ese sentido. Por tanto, la obligación continuará pendiente y el contratista estará en mora de cumplir por no haberlo hecho en el plazo acordado. Esto indica que lo que terminó fue el plazo de ejecución, pero la obligación todavía está pendiente de cumplimiento y el contratista podría hacerlo tardíamente con las consecuencias gravosas que esto implica. No obstante, la entidad deberá determinar si, inclusive, con el cumplimiento tardío aún se satisface el interés público.
* En línea con lo anterior, puede colegirse entonces, que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no condicionó la imposición de las multas y la cláusula penal al plazo del contrato, y por el contrario, de manera expresa indicó que estas proceden “[…] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]”, la Administración podrá imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal inclusive después de vencido su plazo de ejecución, siempre que las obligaciones estén pendientes de cumplirse. De esta manera, la entidad podrá hacer uso de estas facultades para procurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, precisamente cuando advierta su incumplimiento y con la finalidad de sancionar el incumplimiento, incluso después de la liquidación del contrato, pues con esta tan sólo se definió la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, y en la respectiva acta de liquidación se pueden consagrar salvedades, en el sentido de disponer cuánto se adeudan las partes, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo, por lo que después de la liquidación, si en ella se consignaron las respectivas salvedades o aclaraciones en donde de forma clara y concreta se relacionen las obligaciones que, a su juicio, quedaron pendientes durante la ejecución del contrato.
* Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado respecto del límite temporal para la imposición de las multas y la cláusula penal, debe indicarse que, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a las Entidades Estatales les corresponde adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio de forma expedita. De hecho, el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– dispone que “Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido […]”, la cual “[…] podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales […]”. Estas reglas marcan el inicio del plazo de caducidad de la potestad sancionadora del Estado, el cual comienza a contarse desde la ocurrencia del presunto incumplimiento contractual en cualquiera de las tres (3) modalidades consagradas en el artículo 1613 del Código Civil[[4]](#footnote-4). En cada una de estas situaciones, dependiendo de las particularidades del caso concreto, la entidad determinará si el incumplimiento tiene naturaleza continuada o no, citando la audiencia a la mayor brevedad con el fin de expedir y notificar la decisión en el plazo perentorio e improrrogable del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011[[5]](#footnote-5).
* De esta manera, el vencimiento del plazo pactado en los contratos estatales no impide que la entidad reciba las tareas realizadas fuera de este término ni equivale a la imposibilidad de que el contratista realice prestaciones extemporáneas. De hecho, mientras el contrato esté vigente la entidad puede emplear los medios necesarios para exigir su cumplimiento. Así las cosas, el vencimiento del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de tracto sucesivo, por naturaleza suspensivo, no conlleva su extinción, pues tal como se desprende de las consideraciones de orden normativo, jurisprudencial y doctrinario, el vencimiento del plazo suspensivo, en realidad, implica que la obligación se hace exigible en su totalidad a partir de ese mismo instante. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad también pueda hacer uso de sus potestades, como la imposición unilateral de la cláusula penal pecuniaria

**4.Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007. Artículo 17
* Código Civil. Artículos 1501, 1613 y 1625
* Ley 1437 de 2011. Artículo 52
* Ley 1474 de 2011. Artículo 86
* CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.
 |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el límite temporal para el ejercicio de las potestades sancionatorias de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta Subdirección 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 y C-085 del 29 de abril de 2022, C-866 del 20 de diciembre de 2022, C-034 de 09 de marzo de 2023, C-140 del 13 de junio de 2023, C-227 de 7 de julio de 2023, el C-329 del 07 de septiembre de 2023 entre otros. La Agencia también ha analizado los plazos en los contratos estatales, de acuerdo con las normas, jurisprudencia y doctrina aplicable, en el concepto C-432 del 27 de julio de 2020, en el C-646 del 9 de noviembre de 2020 y en el C-329 del 07 de septiembre de 2023. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le recomendamos consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital. Por otro lado, le contamos que ampliamos hasta el 19 de julio de 2024 el periodo para recibir observaciones a los borradores de las próximas versiones de los documentos tipo para la contratación obras públicas de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada y mínima cuantía, por lo que le invitamos a realizar sus comentarios a través del siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo ".

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nasly Yeana Mosquera RivasAnalista T2–06 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Adriana Katerine Lopez RodriguezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 1613 del Código Civil dispone que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*.

“ Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente” (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”. [↑](#footnote-ref-5)