

TESIS

**ESTUDIO SOBRE LA OPERATIVIDAD Y EFICACIA DE LAS MULTAS EN EL MARCO
DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Adelante en el tiempo

**DAVID ALEJANDRO SÁNCHEZ PINEDA
TRABAJO DE GRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

DIRECTOR: FELIPE HADAD ÁLVAREZ

Bogotá D.C
Abril 2016

PARA

GLORIA ASTRID PINEDA

Fuente de todas las bondades de mi vida; quien además de dar luz en mí, fue mi primer encuentro con el amor, la audacia y el sacrificio.

SABRIN DEIRANI

Por la belleza de su alma; por nuestro amor incondicional; por ser luz en mi oscuridad, y por permitirme acompañarla durante este viaje.

DR. FELIPE HADAD

A quien admiro por la excelencia con la que asume sus proyectos; a quien le agradezco por sus innumerables enseñanzas, y a quien declaro inocente de todo lo aquí escrito.

CLAUDIA ROMERO, ITALA BARRAZA, KATHERINE HENAO, SINDY PERDOMO, DAVID LÓPEZ Y ALEJANDRO VELA

No sólo por su amistad, sino por haber colaborado de una u otra forma en la elaboración de este trabajo.

LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Por permitirme crecer humana y académicamente.

RESUMEN

El presente trabajo de grado se estructuró en tres capítulos, cada uno de los cuales responde a una finalidad específica. El primer capítulo constituye un marco teórico sobre el cual se fundamentan los siguientes, pues se realiza un análisis de la cláusula penal bajo el régimen del derecho privado y a la luz de parte de la normatividad aplicable a las prácticas comerciales internacionales. El segundo capítulo, por su parte, aborda el tema de la cláusula de multas en el régimen de la contratación estatal, para lo cual se estudió la normatividad y jurisprudencia pertinente; en esa parte del escrito se incluyó el apartado correspondiente al derecho comparado. Finalmente, en el tercer y último capítulo, se enumeraron las conclusiones y se formula una propuesta que permita hacer de esta medida coercitiva provisional una herramienta idónea para lograr el correcto y oportuno cumplimiento del contrato.

ABSTRACT

The following research was divided into three chapters, each of which responds to a specific purpose. The first chapter is a theoretical framework under which the other two are based, since analyzes the penalty clauses under the regime of private law and in the light of the regulations applicable to international trade practices. The second chapter addresses the contractual fines in the state contract law, analyzing current normativity and jurisprudence; this part also included a study of comparative law. Finally, in the third chapter, the conclusions were listed and a proposal that allows makes the fines an appropriate figure to require the state contractor to the timely and correct fulfillment was formulated.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
ACLARACIONES RESPECTO DE LA EFICACIA	9
ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y PRECISIONES SOBRE EL MÉTODO	10
CAPÍTULO 1: MARCO JURÍDICO DE LAS MULTAS EN EL DERECHO PRIVADO	12
1.1 NOCIÓN	14
1.2 CARACTERÍSTICAS	16
a) Es un acto jurídico	16
b) Cláusula accidental	16
c) Carácter accesorio.....	17
d) La obligación penal es condicional.....	17
e) Diferencia con las obligaciones alternativas	18
f) Diferencia con las obligaciones facultativas	18
g) Finalidad.....	19
1.3 FUNCIONES	19
1.3.1 Función indemnizatoria o estimatoria.....	19
1.3.2 Función sancionatoria o punitiva.....	20
1.3.3 Como caución o garantía.....	20
1.4 EFECTOS	21
1.4.1 Comunes.....	21
a) Exigibilidad de la pena.....	21
b) Cumplimiento de la condición	22
c) Reducción del monto de la pena.....	23
1.4.2 Naturaleza indemnizatoria	25
a) Monto del perjuicio.....	25
b) Lo relativo a las cargas probatorias	25
c) Ventajas en cuanto al proceso al que se debe acudir para exigir la pena.....	26
d) Cobro de la pena, la obligación principal y la indemnización de perjuicios .	26
e) Incompatibilidad entre la pena y la indemnización de perjuicios	27
1.4.3 Naturaleza sancionatoria	27
a) Carácter persuasivo, la amenaza de pena invita a cumplir.....	27
b) Cobro de la pena, la obligación principal y la indemnización de perjuicios .	27
1.5 LA CLÁUSULA PENAL EN LAS PRÁCTICAS COMERCIALES INTERNACIONALES	28
1.5.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional .	28

a) Ámbito de aplicación	29
b) Definición.....	29
c) Acumulación de la pena, el cumplimiento y la indemnización de perjuicios	29
d) Reducción del monto de la pena.....	30
1.5.1.2 Tratamiento en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980	30
1.5.2 Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales	33
CAPÍTULO 2: LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	35
2.1 CLÁUSULA DE MULTAS	36
2.1.1 Noción	36
2.1.2 Características	37
a) Inclusión en el contrato estatal.....	37
b) Medida coercitiva provisional.....	38
c) Procedencia	38
d) Cuantía de la multa.....	40
e) Obligación dineraria	40
f) Oportunidad para su imposición	41
2.1.3 Procedimiento actual para su imposición	42
2.1.4 Efectos	45
a) Respecto de su cobro	45
b) Publicación del acto sancionatorio	46
c) Inhabilidad surgida por su imposición	46
2.2 MARCO NORMATIVO.....	47
2.2.1 Decreto-Ley 150 de 1976	47
a) Cláusula obligatoria.....	47
b) Causales de aplicación, su cuantía y ejecución.....	47
2.2.2 Decreto-Ley 222 de 1983	48
a) Contratos administrativos y de derecho privado de la Administración.....	48
b) Sobre la inclusión, cuantía, imposición, y ejecución de la multa	49
c) Jurisprudencia	49
2.2.3 Ley 80 de 1993.....	50
a) Jurisprudencia	51
Primero. Sobre su inclusión dentro del contrato	51
Segundo. Tratándose de su imposición	52
2.2.4 Ley 1150 de 2007.....	56

a) Jurisprudencia	57
2.2.5 Ley 1474 de 2011.....	59
a) Jurisprudencia	60
2.3 PROBLEMAS JURÍDICOS RECURRENTES	61
2.3.1 ¿Es la multa una cláusula excepcional?	61
2.3.2 El debido proceso en la imposición de las multas	63
2.3.3 Materialización conjunta de multas y de la declaratoria de incumplimiento	65
2.4 DERECHO COMPARADO	66
2.4.1 Perú.....	66
2.4.2 Ecuador.....	70
2.4.3 España	74
CAPÍTULO 3: PROPUESTA	77
3.2.1 Primera aproximación	77
3.2.2 Las multas como sanción.....	82
3.2.3 Materialización de la propuesta –interpretación de la ley	89
BIBLIOGRAFÍA	94

INTRODUCCIÓN

Con la inclusión de la noción de Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991, el rol que esta forma de organización política asumió se puede calificar, sin lugar a equívocos, como activo y protagónico, en la medida en que es el promotor de toda la dinámica social y económica. De ahí que se haya producido un incremento en las funciones que la Administración debe asumir en aras de cumplir con los fines del Estado¹.

Así, el Estado materializa por medio de sus entidades la inversión pública, y éstas utilizan para tal fin el contrato, el cual se edifica como una herramienta que constituye, en cualquier caso, un motor de desarrollo de la sociedad en general, un impulsor de la economía a través de la demanda, y un mecanismo para realizar los fines de esta forma de organización política.

Ahora bien, la legislación destinada a regular los contratos de la Administración pública², tiene la ardua tarea de unificar *valores en principio antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias-prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa; productividad-equidad*³. En consecuencia, al ser una materia transversal con puntos de contacto tanto en el Derecho Público como en el régimen privado, su estudio resulte cautivante para cualquier joven investigador.

Entrando en materia, se debe señalar que tanto los contratos como las reglas que los disciplinan, son diseñados y estructurados para lograr su cumplimiento, ese es sin lugar a dudas el sentido de las *normas*⁴ que regulan los negocios estatales. Pese a ello, la realidad en ocasiones sobrepasa lo dispuesto por el legislador o por las partes, pues es verdad que la dinámica contractual se asemeja en poco con lo estático de la regulación y en mucho con los vaivenes cotidianos de la vida misma, pues como afirmó HERÁCLITO⁵, ésta se encuentra en flujo constante; así, durante la etapa de ejecución del acuerdo, de cuando en cuando surgen situaciones previstas, imprevistas, imprevisibles y hasta irresistibles, algunas de las cuales pueden tener como causa comportamientos imputables al contratista, por lo que la

¹ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional SU-1010 del 16 de octubre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

² Es preciso indicar que en el presente trabajo de grado se utilizarán las expresiones: contrato estatal, negocio estatal, negocio de la Administración pública, contrato administrativo, contrato de la Administración pública y negocio administrativo, pretendiendo significar lo que bajo la Ley 80 de 1993 se entiende por contrato estatal.

³ Benavides, José Luis. “*El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*”. Edit. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. 2004. Pág.19.

⁴ Me refiero tanto al régimen legal como al contractual.

⁵ Basta con recordar su frase célebre: *no puedo bañarme dos veces el mismo río, porque cuando lo hago, ni yo ni el río somos los mismos*. En: Chávez Calderón, Pedro. “*Historia de las Doctrinas Filosóficas*”. Edit. Pearson Educación. Tercera edición. México D.F. 2004. Págs. 24 y 25.

Administración debe contar con herramientas que le permitan ejercer la dirección, control y vigilancia del negocio jurídico pactado.

Por consiguiente, no es de extrañar, que al estar el contrato administrativo sujeto a las dinámicas del tráfico jurídico y al ser una herramienta que permite el cumplimiento de los fines estatales y a través del cual se satisfacen necesidades colectivas; las diferentes entidades públicas tengan el derecho y el deber de exigir de sus contratistas la ejecución idónea y oportuna de las obligaciones que éstos tienen a su cargo (artículo 4 de la Ley 80). Para ello, el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración una serie de medidas coercitivas encaminadas a obtener de su colaborador la realización del objeto del negocio celebrado.

De esta forma, las multas se erigen como un instrumento puesto a disposición de las diferentes entidades estatales para que éstas conminen, apremien, compulsen o constriñan al colaborador de la Administración, con el objetivo de que ajuste su conducta a las prescripciones del contrato. Es decir, en últimas, es una medida de intimidación o persuasión utilizada por las entidades para recordarle al contratista la necesidad de cumplir bien y oportunamente con las prestaciones que tiene a su cargo.

El tratamiento que ha recibido la cláusula de multas por parte de los diferentes regímenes destinados a disciplinar los contratos que celebra la Administración pública ha variado considerablemente. El primer Estatuto le reconoció una naturaleza excepcional (Decreto 150 de 1976); el Decreto-Ley 222 de 1983 reiteró esa regla; la Ley 80 de 1993 por su parte guardó silencio en relación con dicha estipulación convencional, lo que a la postre propició el surgimiento de un debate tanto jurisprudencial como doctrinario relativo a su funcionamiento; la Ley 1150 de 2007 pretendió dar solución y reguló la materia; y, finalmente, la Ley 1474 de 2011 reglamentó parcialmente el trámite que necesariamente ha de seguirse para la imposición de la medida.

De lo dicho se infiere, en suma, que el contrato estatal es una herramienta edificada sobre la base de servirle al Estado para la consecución de sus fines, y en todo caso, para satisfacer una necesidad de interés colectivo; que por la relevancia del mismo, la ley le reconoce a la entidad unos poderes de dirección para ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución del acuerdo, y que dentro de éstos está la multa contractual, la cual tiene como objetivo conminar al colaborador de la Administración a la observancia de sus prestaciones, es decir, se persigue que el incumplimiento parcial del contratista genere la menor perturbación al interés general que se busca satisfacer con la ejecución del contrato. Asimismo, tenemos que tanto la normatividad como la jurisprudencia del Consejo de Estado han variado, pues se ha dado un tratamiento disímil a esta medida coercitiva provisional.

Ante esta situación, resulta necesario encaminar una investigación académica dirigida a describir tanto la naturaleza, noción, características y procedimiento de imposición de las multas; así como sus antecedentes, tratamiento en el derecho privado, en las prácticas comerciales internacionales y su funcionamiento en legislaciones foráneas. Todo esto, sumado a un análisis de la operatividad de esta figura en un segmento de los contratos celebrados por el IDU, Invías y la ANI durante un período determinado. Esta labor nos permitirá establecer la idoneidad y eficacia de la medida para sancionar y conminar al colaborador de la Administración al cumplimiento, esto es a la ejecución del objeto contractual.

Aclaraciones respecto de la eficacia

Al ser las multas una previsión convencional incluida en los contratos estatales, con miras a constreñir al colaborador de la Administración al cesamiento de la inobservancia de sus obligaciones. Se requiere que éstas resulten eficaces pues sólo así se protegerá el interés general que se pretende satisfacer con la ejecución del acuerdo de los efectos nocivos producidos por el incumplimiento.

De cualquier forma, la obligatoriedad de la eficacia en las actuaciones administrativas no se desprende exclusivamente de las necesidades que la realidad impone. El artículo 209 de la Constitución Política lo incluye como uno de los principios de la función administrativa; por su parte el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 reitera la disposición del Estatuto Superior, regla que resulta aplicable en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y por último, se desprende del principio de la buena Administración incluido en el artículo 40 de ésta última ley.

De estas diferentes disposiciones normativas se desprende que la configuración del quehacer de la Administración pública está circunscrita, necesariamente, al principio de eficacia, esto es, a la producción de un resultado como consecuencia de la actuación de un agente en cumplimiento de la ley. En el marco de la contratación estatal, dicho cometido deberá ser, en cualquier caso, la realización material de los fines del Estado, y dentro de ellos, la satisfacción de una necesidad de interés general.

La eficacia, es definida como *principio jurídico determinante de una situación jurídica necesaria (la realización del interés general), que exige de modo incondicionado (dada la ausencia en su formulación de cualquier estructura hipotética) del sujeto obligado (la administración; traduciéndose para ésta en un auténtico deber jurídico) (...) de una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica del Estado (...) es decir que la eficacia evoca la producción intencionada –según un*

determinado fin o causa- de una realidad como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar en tal sentido (es decir, eficaz) y conforme al programa legal⁶.

Advertidas así las cosas, se infiere que la eficacia administrativa se mide por los resultados producidos, los cuales a su vez están sujetos a los objetivos dispuestos por el legislador en el diseño de la regulación. Por ello, colige entonces que, en el marco de la contratación estatal, la eficacia deberá estar evaluada por la materialización de unos cometidos predeterminados, entre ellos, la satisfacción del interés general y la consecución de los fines del Estado.

Por otro lado, se debe señalar que, en ocasiones, una actuación administrativa, precisamente un procedimiento administrativo sancionatorio para multar al contratista, puede resultar legal, en la medida en que su trámite estuvo sujeto a lo dispuesto por el legislador y, pese a ello, ser ineficaz. Situación esta que por sí sola acredita que eventualmente la regulación en sí misma pueda ser igualmente ineficaz⁷.

El objeto de estudio del presente trabajo de grado estará encaminado a determinar si dada la operatividad actual de las multas en los contratos estatales, éstas pueden ser consideradas como un instrumento eficaz para conminar al colaborador de la Administración a la observancia de los dictados del acuerdo y, de esta forma, proteger el interés general de los efectos nocivos producidos por la inejecución oportuna o idónea de las obligaciones contractuales.

Estructura del trabajo y precisiones sobre el método

Este trabajo está diseñado sobre un lenguaje crítico-descriptivo y a su vez propositivo. Por su parte, el enfoque metodológico se desarrolló bajo un carácter deductivo, esto es, de lo general a lo particular. En consecuencia, al ser el contrato estatal una especie del género contrato, figura que ha sido estudiada ampliamente durante varios siglos en el Derecho Privado, se decidió iniciar el escrito con el análisis de las normas de derecho civil y comercial que disciplinan la cláusula penal⁸, máxime cuando tal regulación resulta aplicable a los contratos administrativos por disposición expresa del legislador (artículo 13

⁶ Parejo Alfonso, Luciano. *“Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio”*. Edit. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1998. Págs. 90 y 92.

⁷ Prueba de ello es que la Administración identificó la necesidad de expedir el Decreto 019 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*. Lo que permite concluir que antes de su promulgación la aplicación de la ley (en sentido material) no resultaba tan eficiente como podría ser en razón de trámites innecesarios que ella misma establecía.

⁸ Se habla de cláusula penal en tanto la multa es una cláusula penal con función sancionatoria, punitiva o de apremio. Esta es, pues, otra manifestación de la aplicación del carácter deductivo del presente trabajo de grado.

de la Ley 80). Asimismo, en esa primera parte se realizan algunos comentarios respecto del tratamiento que recibe la medida en las prácticas comerciales internacionales, pues ante la innegable tendencia hacia la globalización e internacionalización del derecho producto del vertiginoso desarrollo tecnológico estos resultaban más que necesarios.

En el segundo capítulo se inicia el estudio ya no de la cláusula penal en general, sino de las multas –cláusula penal con función de apremio- en los contratos estatales. Para ello se analiza el tratamiento que ha recibido la figura en vigencia de los diferentes Estatutos de Contratación Pública, haciendo mención expresa de la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado sobre la materia. De igual forma, se señalan una serie de respuestas a inquietudes que de ordinario surgen acerca de la naturaleza de las multas; de su utilización simultánea con la declaratoria de incumplimiento, y del respeto al debido proceso durante el trámite que supone su imposición; utilizando para todo lo anterior sendas referencias bibliográficas.

Igualmente, en ese apartado del escrito se reseña el tratamiento que de la multa fijan los regímenes que disciplinan la contratación pública en Perú, Ecuador y España, los dos primeros por la similitud que tienen esos países social, cultural y jurídicamente con Colombia; al paso que la referencia al Derecho español se realiza por la influencia que este ejerce sobre la legislación nacional.

Finalmente, el tercer capítulo trae las conclusiones a las que llegué luego de realizado el estudio. De igual forma, en ese apartado del escrito presento la que a mi juicio se erige como la mejor opción para hacer de las multas el medio adecuado y más idóneo que tiene a su disposición la Administración para afrontar la inobservancia de los dictados del contrato cuando quiera que su colaborador incurra en incumplimientos parciales, leves y salvables.

Sin más precisiones iniciales que realizar procederé a desarrollar el escrito con la noble intención de que el mismo resulte atractivo y de fácil comprensión para quienes generosamente se tomen el tiempo y el esfuerzo de realizar su lectura.

CAPÍTULO 1: MARCO JURÍDICO DE LAS MULTAS EN EL DERECHO PRIVADO

Los contratos de la Administración Pública son esencialmente una herramienta puesta al servicio del Estado para que éste cumpla con sus fines, ello quiere decir que a través de este mecanismo se promueve la prosperidad general, se sirve a la comunidad, se asegura la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, en cualquier caso, se satisface una necesidad de interés colectivo (artículos 2 de la Constitución Política y 3 de la Ley 80 de 1993).

Ahora bien, tratándose del régimen jurídico aplicable a los contratos estatales, el legislador dispuso que éste esté sometido a lo dispuesto en el Derecho Privado, salvo las materias particularmente reguladas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública⁹ (artículo 13 de la Ley 80). No se puede dejar de lado que, como lo afirma el profesor ESCOBAR GIL, los negocios de la Administración *constituyen la especie de un género que se ha formado milenariamente en el Derecho civil, lo que trae como consecuencia, que los aspectos de estos contratos no requieran de una disciplina especial*¹⁰.

En efecto, para iniciar el análisis sobre la eficacia de las multas en el marco de la contratación estatal, resulta necesario ahondar en sus características bajo la perspectiva del Derecho Privado, ya que es de ahí de donde se desprende su existencia dentro de la normatividad aplicable a los contratos celebrados por la Administración.

Así, derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad y del principio del derecho romano *pacta sunt servanda*¹¹ surge para las partes la obligación de cumplir lo acordado por ellas, siendo el cumplimiento la forma en que los contratantes satisfacen el objeto del negocio y, por consiguiente, extinguen las prestaciones contractuales.

⁹ Antes de señalar cuáles son los aspectos particularmente regulados, es importante precisar que la estructuración de una reglamentación especial tiene como finalidad atender las necesidades que tienen las diferentes entidades estatales como gestoras del interés general cuando se involucran en el tráfico jurídico. Ahora bien, las materias que cuentan con una normativa especial son: a) el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y de conflictos de interés; b) las reglas relativas a las modalidades de selección; c) las solemnidades y formalidades propias del contrato estatal; d) el tratamiento dado al equilibrio económico del contrato; e) la existencia de cláusulas excepcionales; f) el tema relativo a las nulidades; y, g) la necesidad de amparar la actuación bajo los principios establecidos para la función administrativa. Al respecto véase Palacio Jaramillo, María Teresa. “*Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales*”. En, Araujo Oñate, Rocío, Editora académica. “*La ley 1150 de 2007 una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal*”. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 2011. Pág. 70 a 73.

¹⁰ Escobar Gil, Rodrigo. “*Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*”. Edit. Legis. Bogotá. 1999. Pág. 55.

¹¹ Incluido en el artículo 1602 del Código Civil que establece: [t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Sin embargo, en ocasiones una o ambas partes incumplen total o parcialmente lo pactado, bien sea por circunstancias ajenas a su voluntad o por razones culposas, lo que a la postre puede originar un caso de responsabilidad civil contractual.

Por ello, tanto la ley como las partes regulan las consecuencias derivadas de la inobservancia de las prestaciones convencionales. Así, encontramos dentro de las previsiones legales los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, los cuales incluyen dentro de todos los contratos bilaterales la posibilidad para que, en caso de presentarse un incumplimiento, la parte cumplida pueda solicitar judicialmente, bien sea la ejecución del negocio o su resolución, en ambos casos con la respectiva indemnización de perjuicios.

En el mismo sentido, encontramos: (i) el artículo 1324 Código de Comercio que establece una indemnización para el agente cuando el empresario revoca o da por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada; (ii) el artículo 1031 del estatuto comercial que regula el valor de la indemnización a cargo del transportador en caso de pérdida de la cosa transportada, y (iii) la regla contenida en el artículo 948 de la ley comercial, la cual dispone que, en caso de mora del comprador en el pago del precio, el vendedor tiene derecho a la inmediata restitución de la cosa vendida, entre otros.

Por otro lado, encontramos las previsiones convencionales sobre las consecuencias derivadas de un incumplimiento contractual, las cuales, generalmente, se incluyen dentro de una cláusula penal que puede cumplir la función de liquidar anticipadamente los perjuicios, de sancionar la inobservancia de los dictados del negocio o de caucionar la obligación principal.

Sin pretender hacer un estudio pormenorizado de la evolución de esta figura jurídica, pero con la convicción de que la historia es la mejor explicación del presente, se debe precisar que el antecedente de la cláusula penal se encuentra en la *stipulatio poenae* del derecho romano, entendida como *toda estipulación que tuviera por fin imponer al promitente de la misma una promesa de prestación a favor del estipulante para el caso de que un determinado acontecimiento previsto por las partes tuviera lugar, o no lo tuviera*¹².

Esta estipulación fue inicialmente concebida como una obligación independiente pero condicional, originada de las palabras sacramentales estructuradas por PAPIANNO en el *Digesto*: *¿Si tú no me das, me prometes darme cien?*¹³ Esto permitía que, aun presentándose un incumplimiento que tuviera como causa el caso fortuito o la fuerza

¹² Peirano Facio, Jorge. “La cláusula penal”. Edit. Temis. Segunda edición. Bogotá. 1982. Pág. 22.

¹³ Véase Navia Arroyo, Felipe. “La cláusula penal en la transacción”. En: *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro en homenaje a Fernando Hinestrosa*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. Bogotá. 2003. Pág. 489.

mayor, la suma convenida fuera exigible pues desde el advenimiento de la condición se debía la pena.

Posteriormente, ante el uso generalizado de la segunda fórmula concebida por PAPIANO en el *Digesto*: *¿Prometes darme? ¿Si tú no me lo das, prometes darme cien?*¹⁴ Surgió la concepción de que la *stipulatio poenae*, además de condicional, es una obligación accesoria y, por tanto, vinculada a la suerte de la obligación principal a la que accede.

Sobre el tratamiento que el derecho romano le dio a la *stipulatio poenae* se puede destacar que la pena prometida se debía desde el momento de la inexecución de la obligación principal, y que la ocurrencia de este acontecimiento permitía que el acreedor persiguiera su pago mediante una *actio ex stipulatio*, lo cual, en todo caso, implicaba una renuncia implícita para ejercer la acción resultante de la convención originaria¹⁵.

Una vez hechas las menciones correspondientes acerca del antecedente más significativo de la cláusula penal, al menos en lo relativo a nuestro sistema jurídico, a continuación se presentará un estudio sobre esta figura en el derecho privado, no sin antes advertir que como lo afirma HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ¹⁶ *una lectura rápida de las normas que reglamentan las características de la cláusula penal y sus efectos, llevan a creer erróneamente que el tema es sencillo. Pero a poco de ahondar en su contenido, el panorama cambia y surgen dificultades que amenazan su entendimiento coherente.*

1.1 Noción

La regulación destinada a disciplinar la cláusula penal en Colombia se encuentra en los artículos 1592 a 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Sin embargo, dentro del cuerpo normativo de la última codificación señalada no se encuentra una definición de esta figura jurídica; situación diferente trae el Código Civil pues en el artículo 1592 nos ofrece una noción de lo que en el derecho privado debe entenderse por cláusula penal. Así, estatuye la mencionada disposición 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.*

Sobre la definición legal, se debe señalar que además de no incluir algunas de las características esenciales de esta figura, como su accesoriedad o las diferentes funciones que puede cumplir¹⁷, el artículo en cuestión olvida precisar que la obligación con prestación

¹⁴ *Ibidem*, pág. 489.

¹⁵ Peirano Facio, Jorge. *ob. cit.*, pág. 28.

¹⁶ Gómez Velásquez, Hernán Darío. “*Estudio sobre obligaciones*”. Edit. Temis. Bogotá. 2010. Pág. 917.

¹⁷ Los artículos 1594 y 1600 del Código Civil contienen las normas que disciplinan las diferentes funciones que puede cumplir la cláusula penal.

de no hacer, al igual que las que tienen como objeto dar y hacer, es susceptible de ser estipulada como pena.

La doctrina también ha presentado diferentes definiciones de esta figura, queriéndose resaltar las siguientes:

- ARRUBLA PAUCAR la define como *aquella estipulación contractual que previendo el incumplimiento de alguna de las partes establece una obligación accesoria la cual deberá pagar el contratante incumplido, a título de indemnización o de pena*¹⁸.
- CARLOS IBÁÑEZ por su parte precisa que, *se denomina “cláusula penal” a la estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si cumpliere tardíamente*¹⁹.
- POTHIER en cambio manifiesta que *la obligación penal, es la que nace de la cláusula de una convención en virtud de la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso*²⁰.
- RICARDO URIBE HOLGUÍN señala que *la cláusula penal constituye en toda hipótesis una fijación anticipada de la carga que tendrá que soportarse por el incumplimiento de una obligación principal válida; (...) su función puede consistir, ora en sustituir los efectos naturales de ese incumplimiento, ora en acumularse a tales efectos*²¹.

De lo enunciado se extrae con claridad que la cláusula penal es una estipulación accidental en virtud de la cual las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, predeterminan las consecuencias derivadas del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación primitiva y principal; que puede cumplir una función indemnizatoria, sancionatoria o de garantía, según el caso, y de la cual surge una prestación accesoria y condicional que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

No sobra advertir que, como escribe el profesor JUAN GÓMEZ CALERO²², se debe diferenciar entre la cláusula penal, la obligación nacida de la cláusula penal y la pena, en tanto la primera es una declaración de voluntad que prefija las consecuencias del incumplimiento y constituye fuente de obligaciones; la segunda, es una obligación de naturaleza accesoria condicionada al hecho del incumplimiento, y la tercera es el objeto de

¹⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*”. Tomo I. Edit. Diké. Bogotá. 2008. Pág. 178.

¹⁹ Ibáñez, Carlos. “*Resolución por incumplimiento*”. Edit. Astrea. Buenos Aires. 2003. Pág. 347.

²⁰ Pothier, Robert Joseph. “*Tratado de las obligaciones*”. Edit. Heliasta S.R.L. Brasil. 1993. Pág. 208.

²¹ Uribe Holguín, Ricardo. “*De las Obligaciones y del Contrato en general*”. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá, 1980. Págs. 183 y 184.

²² Gómez Calero, Juan. “*Contratos Mercantiles con cláusula penal*”. Edit. Civitas. S.A. Primera edición. Madrid. 1980. Págs. 63 y 64.

la obligación penal, esto es, la prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

1.2 Características

Del régimen jurídico aplicable a la cláusula penal en Colombia, puede decirse que se encuentra permeado por lo expuesto por POTHIER en su *Tratado de las obligaciones*, el cual influyó en la redacción del *Code Civil* de NAPOLEÓN y a la postre, en la estructuración de esta institución por Don ANDRÉS BELLO en el Código Civil chileno²³.

Así pues, en la exposición de sus características principales, se tendrán en cuenta los cinco principios de los cuales POTHIER se sirve para precisar la naturaleza jurídica de las obligaciones penales.

a) Es un acto jurídico²⁴

La cláusula penal constituye una manifestación unilateral de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir una obligación, lo que la subsume dentro de un típico evento de un acto jurídico. Ahora bien, aun cuando la cláusula penal generalmente se incluye dentro de un contrato, en ocasiones se presenta bajo la sola voluntad de quien se obliga con el acreedor de la obligación principal (véase función de garantía 1.3.3).

b) Cláusula accidental²⁵

En todos los contratos de derecho privado se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia aquellas sin las cuales el acuerdo, o no produce efecto alguno, o degenera en uno diferente. Son pues, aquellas que permiten individualizar y distinguir el negocio de entre los demás tipos contractuales y, por ello, las partes no pueden suprimirlas, omitirlas o modificarlas; son de la naturaleza las que se entienden incluidas en la convención sin necesidad de cláusula especial. Es decir, las cosas incorporadas por la ley, quedando las partes en libertad para variarlas o eliminarlas. Y son accidentales las que requieren para su inclusión de una estipulación especial (artículo 1501 del Código Civil).

²³ Navia Arroyo, Felipe. *ob. cit.*, pág. 487.

²⁴ La cláusula penal no requiere de un acuerdo de voluntades, basta con que una persona manifieste que se obliga con el acreedor de la obligación primitiva y principal. Véanse Gómez Velásquez, Hernán Darío. *ob. cit.*, pág. 918 y Ospina Fernández, Guillermo. “*Régimen General de las Obligaciones*”. Edit. Temis. Sexta edición. Bogotá. 1998. Pág. 142 a 152.

²⁵ Alessandri Rodríguez Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. “*Curso de Derecho Civil*”. Tomo IV. Edit. Nascimento. Santiago de Chile. 1942. Pág. 25 a 27.

La cláusula penal es, pues, una cláusula accidental dentro de los contratos de derecho privado, dado que su inclusión se encuentra supeditada a un acuerdo entre las partes y, además, su ausencia no vicia el contrato ni lo degenera en uno diferente.

c) **Carácter accesorio**²⁶

El carácter accesorio de la cláusula penal es expuesto por POTHIER en los dos primeros principios en que se basa para explicar la naturaleza jurídica de esta figura²⁷. En el primero de ellos, señala que al ser la pena una obligación accesorio, en la medida en que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación primitiva y principal, la nulidad de ésta entraña la de aquella²⁸. En consecuencia, si la obligación principal se extingue o deviene nula, lo propio ocurrirá con la pena convencional²⁹.

Por otro lado, el principio segundo advierte que la nulidad de la cláusula penal no implica la de la obligación principal, ya que si bien lo accesorio no puede subsistir sin lo principal (principio primero), la existencia y validez de lo principal no dependen de lo accesorio³⁰.

d) **La obligación penal es condicional**³¹

La definición que trae el Código Civil de la cláusula penal (artículo 1592) subordina el pago de la pena al evento del incumplimiento o al retardo de la obligación principal y, por ello, al de una condición, ya que las partes ignoran, al momento del pacto, si ha de realizarse materialmente dicho acontecimiento futuro (artículo 1530 Código Civil).

Respecto de las características de esta condición, se debe mencionar que es suspensiva, puesto que la pena no nace ni se hace exigible, sino hasta el acaecimiento del incumplimiento (artículo 1536 Código Civil). Igualmente, cabe señalar que cuando el

²⁶ Carácter que se desprende de lo que consignó el legislador en los artículos 1499 (contratos principales y accesorios), 1592 (concepto de cláusula penal), 1593 (accesoriedad) y 1597 (la obligación penal será divisible o indivisible según lo sea la obligación principal) del Código Civil.

²⁷ Pothier, Robert Joseph. *ob. cit.*, pág. 207 a 209.

²⁸ Así, Luis Claro Solar. “*Derecho Civil obligaciones*”. Tomo I. Edit. Universal de Chile. Santiago de Chile. 1986. Pág. 504 a 508. Justifica tal situación afirmando que *es de la naturaleza de las cosas accesorias no poder existir sin la cosa principal a que acceden*.

²⁹ Dentro del Código Civil encontramos dos ejemplos de esta regla, así el artículo 111 establece *tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido* y, dado que la promesa de matrimonio mutuamente aceptada es un contrato que no está reconocido por la ley, su cláusula penal no tiene valor alguno; y el artículo 1760 el cual niega valor a los actos o contratos que se pacten con desconocimiento de las solemnidad del instrumento público y, por consiguiente, niega todo efecto a la cláusula penal que en ellos se incluya.

³⁰ Véase Abela Maldonado, Andrew. “*Obligaciones con cláusula penal*”. En Cifuentes Castro, Marcela. “*Derecho de las Obligaciones*”. Tomo I. Edit. Temis. Bogotá. 2009. Pág. 139.

³¹ Véase Cubides Camacho, Jorge. “*Obligaciones*”. Edit. Grupo editorial Ibáñez, Universidad Javeriana. Séptima edición. Bogotá. 2012. Pág.317.

objeto de la obligación principal sea de *dar o de hacer*, la condición será negativa pues requiere que no haya cumplimiento de aquella (que no se dé o no se haga). Por otro lado, en los eventos en que la prestación principal consista en *no hacer*, la condición será positiva, dado que se cumple cuando acontece el hecho prohibido (artículo 1531 del Código Civil)³².

e) Diferencia con las obligaciones alternativas³³

Las obligaciones alternativas son aquellas por las cuales se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera el cumplimiento de las otras (artículo 1556 del Código Civil). Es decir, existe un vínculo jurídico que incluye dos objetos el cual se extingue con el pago de uno de ellos. Por el contrario, cuando se pacta una cláusula penal, se da origen a la existencia de dos obligaciones distintas, la obligación principal y la obligación penal.

Es del caso señalar que tratándose de la cláusula penal, el sujeto activo no puede exigir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación principal o la pena, sino hasta tanto constituya al deudor en mora. En cambio, respecto de las obligaciones alternativas, cuando la elección es del acreedor, puede éste exigir el pago de alguna de las cosas debidas en cualquier momento. Igualmente, en el caso de la cláusula penal, la ley permite que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten la posibilidad de su cobro simultáneo con la prestación principal (artículo 1594 del Código Civil); al paso que, en las obligaciones alternativas, tal acumulación no es posible.

f) Diferencia con las obligaciones facultativas

Las obligaciones facultativas son aquellas que tienen por objeto una cosa determinada, pero que conceden al deudor la facultad de pagar con otra que se designa (artículo 1562 del Código Civil). Por el contrario, en los eventos de la cláusula penal, al sujeto pasivo no se le habilita para que extinga la prestación original con el pago de cosa diferente, como tampoco puede éste escoger entre el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena, dado que dicha elección corresponde exclusivamente al acreedor una vez logre constituir en mora al deudor.

³² En términos similares, Ospina Fernández, Guillermo. *ob. cit.*, pág. 142; en contra, Gómez Velásquez, Hernán Darío. *ob. cit.*, pág. 927. Quien afirma que *no se debe ver si siendo de dar o hacer, no se dio ni se hizo, o, si es de no hacer, se hizo. Lo que se debe ver es el hecho futuro en sí mismo, que no es más que la infracción del contrato.*

³³ Véanse Gómez Velásquez, Hernán Darío. *ob. cit.*, pág. 917 y 918 y Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 512 y 513.

g) Finalidad³⁴

Su inclusión dentro del contrato tiene como objetivo predeterminar las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones contractuales puede generar. En ocasiones constituirá una liquidación anticipada de perjuicios, otras veces supondrá una sanción de carácter privado y finalmente, cuando está a cargo de un tercero, cumplirá una función de garantía³⁵.

1.3 Funciones

El régimen jurídico de la cláusula penal en Colombia permite que ésta no se limite a una estimación anticipada de los perjuicios causados por un posible incumplimiento, sino que le reconoce dos funciones más, a saber: servir como un instrumento de apremio sobre el deudor o como una garantía del cumplimiento de la obligación principal³⁶.

1.3.1 Función indemnizatoria o estimatoria³⁷

La función indemnizatoria de la cláusula penal es sin lugar a dudas la más recurrente y generalizada dentro de los negocios celebrados por los particulares, ya que en estos casos dicho acto jurídico implica una liquidación anticipada del monto de la indemnización de perjuicios que se causarían con ocasión de un posible incumplimiento.

El artículo 1592 del Código Civil faculta que la estipulación de la cláusula penal, como estimación anticipada de perjuicios, sea por el incumplimiento o por el retardo, esto es, compensatoria o moratoria. La primera reemplaza la indemnización de perjuicios; al paso que la segunda, repara el daño causado por el cumplimiento tardío, esto es, los perjuicios moratorios.

³⁴ POTHIER. *ob. cit.*, pág. 209. En su principio tercero expone que la obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal. Por ello, no puede concluirse que la intención de los contratantes ha sido la de extinguir o resolver por la obligación penal la obligación principal (no sobra indicar que la cláusula penal como regla general no tiene efectos novatorios frente a la obligación principal –artículo 1706 del Código Civil). Por ello el acreedor puede solicitar el cumplimiento y/o la pena, según el caso. En el mismo sentido, Claro Solar Luis, *ob. cit.*, pág. 508. Los artículos 1592 y 1594 recogen este principio.

³⁵ Uribe Holguín, Ricardo. *ob. cit.*, pág. 183. Considera que la finalidad de la cláusula penal, en toda hipótesis constituye una fijación anticipada de la carga que tendrá que soportarse por el incumplimiento.

³⁶ Véanse Ospina Fernández, Guillermo. *ob. cit.*, pág. 142 a 152 y Gómez Velásquez, Hernán Darío. *ob. cit.*, pág. 916.

³⁷ POTHIER. *ob. cit.*, pág. 209 a 2012. Señala en su principio cuarto que cuando la pena cumple una función indemnizatoria compensatoria, el acreedor puede escoger, o bien perseguir el cumplimiento de la obligación principal o la pena. En todo caso, debe contentarse de una o de otra, no puede exigir las dos. Sin embargo, precisa dos excepciones frente a esta regla (*el acreedor no puede tenerlo todo a la vez, lo principal y la pena*): cuando expresamente se pacta que se incurrirá en la pena sin perjuicio de la obligación principal y cuando la pena cumple una función indemnizatoria moratoria.

No sobra indicar que en los casos en que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, ordinariamente lo hace con sentido compensatorio, porque en virtud de lo dispuesto por el artículo 1594 del Código Civil para tomarla como moratoria se requiere que aparezca haberse estipulado de esa forma³⁸.

1.3.2 Función sancionatoria o punitiva³⁹

Generalmente, las partes al incluir dentro de sus contratos una cláusula penal, pretenden determinar la prestación que a título de indemnización se debe satisfacer en caso de presentarse un incumplimiento convencional.

Sin embargo, en algunas ocasiones los contratantes acuerdan que la inclusión de la cláusula penal tendrá como objetivo conminar al deudor para que ejecute las prestaciones a su cargo bajo amenaza de pena. Esto quiere decir que en esas precisas circunstancias dicha estipulación accidental prestará una función de apremio sobre el deudor⁴⁰, induciéndole a cumplir sus obligaciones contractuales. Es precisamente en estos eventos en los cuales estaremos frente a una cláusula penal que cumple la función punitiva⁴¹.

Sobre el particular, parte de la doctrina considera que sólo habrá cláusula penal cuando ésta comporta una función sancionatoria, puesto que, cuando las partes le otorgan una naturaleza indemnizatoria, en realidad se pacta una estipulación de indemnización de perjuicios fijada convencionalmente⁴².

1.3.3 Como caución o garantía

La legislación nacional define caución como aquella *obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena* y, la definición legal de la cláusula penal determina que el fin de este tipo de acto jurídico consiste en asegurar el cumplimiento de

³⁸ En el mismo sentido, Alessandri Rodríguez, Arturo. “*Derecho Civil*”. Edit. Zamorano y Caperan. Tercera edición. Santiago de Chile. 1939. Pág. 112.

³⁹ Véanse Cubides Camacho, Jorge. *ob. cit.*, pág. 317 y Uribe Holguín, Ricardo. *ob. cit.*, pág. 183, quienes consideran que cuando la cláusula penal permite la acumulación de la pena con el cumplimiento o la indemnización de perjuicios tendrá el carácter de punitiva. Igualmente la Sentencia del 20 de septiembre de 2005, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Silvio Fernando Trejos, en donde se acepta que un contratante –en ese caso, ECOPETROL- multara, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, a su contratista.

⁴⁰ Función que se presenta cuando se pacta que la pena será exigible sin perjuicio de que el deudor cumpla la obligación principal (artículo 1594) o pague la indemnización de perjuicios (artículo 1600).

⁴¹ Afirma Avela Maldonado, Andrew. *ob. cit.*, pág. 145. *Sin duda, el deudor de una obligación principal garantizada por una cláusula penal se sentirá mucho más compelido a cumplirla debida y oportunamente, dadas las consecuencias potencialmente aplicables, que aquel que no se encuentre sometido a ella.*

⁴² Al respecto ver: Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *ob. cit.*, pág. 179 y 180 y Gómez Calero, Juan. *ob. cit.*, pág. 29.

una prestación (artículos 65 y 1592 del Código Civil). Es decir, que la cláusula penal es un tipo de garantía que cauciona una obligación principal a la que accede.

Ahora bien, la función de garantía que cumple la cláusula penal sólo producirá efectos en aquellos eventos en que la pena esté a cargo de un tercero, pues únicamente en ese caso el acreedor vería mejorada su situación, al verse caucionada la obligación principal con un patrimonio diferente al del deudor⁴³.

A propósito de este punto, no sobra indicar que cuando los efectos de la cláusula penal están amparados por un tercero legalmente capaz, este acto será plenamente exigible aun cuando la obligación principal haya sido contraída por un incapaz relativo, pues en ese evento se estará en presencia de una obligación natural la cual admite caución (artículos 1527 y 1529 del Código Civil).

1.4 Efectos

1.4.1 Comunes

a) Exigibilidad de la pena⁴⁴

La cláusula penal produce efectos desde el mismo momento en que se celebra el contrato; sin embargo, sólo se debe cuando se presenta un incumplimiento imputable al deudor, siempre que éste esté constituido en mora⁴⁵.

Así lo establece el artículo 1594 del Código Civil al excluir la posibilidad de que el acreedor demande la pena antes de constituir al deudor en mora, pero una vez constituido podrá el contratante cumplido solicitar a su arbitrio el cumplimiento de la obligación

⁴³ Uribe Holguín, Ricardo. *ob. cit.*, pág. 185, asegura que la cláusula penal sólo cumplirá una función de garantía cuando la pena obligue a un tercero, pues únicamente en ese evento la obligación principal y la pena estarán a cargo de la suficiencia de dos patrimonios distintos.

⁴⁴ (1) *Para que el acreedor pueda exigir la pena, es menester: 1.o que el deudor infrinja la obligación (...); 2.o es menester que el incumplimiento (...) le sea imputable; y 3.o es menester por último, que el deudor esté constituido en mora.* Alessandri Rodríguez, Arturo. *ob. cit.*, pág. 111.

(2) No sobra indicar que como lo señala Abela Maldonado, Andrew, *ob. cit.*, pág. 190, *los montos correspondientes a cláusulas penales derivadas de contratos distintos del mutuo pueden ser objeto de intereses moratorios, desde su exigencia hasta su pago efectivo.*

⁴⁵ Sobre este punto la mayor parte de la doctrina considera que, en aplicación del artículo 1616 del Código Civil, la exigibilidad de la pena queda condicionada en aquellos casos en que el incumplimiento se presente como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o en razón de la culpa exclusiva del acreedor, por lo que en estos eventos ni el deudor ni el tercero que haya asumido la obligación penal quedan obligados a pagarla. Véanse Ospina Fernández, Guillermo. *ob. cit.*, pág. 148; Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *ob.cit.*, pág. 186; Cubides Camacho, Jorge. *ob. cit.*, pág. 323 y 324; Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 519 y 520, y Gómez Velásquez, Hernán Darío, *ob. cit.*, pág. 932.

principal o de la pena⁴⁶, o exigir ambas cuando así se haya pactado. Por ello, en caso que las partes pretendan que el pago de la pena no extinga la obligación principal o que esta se cause por el simple retardo, deberán especificar la cláusula en tal sentido.

b) Cumplimiento de la condición

Siendo la cláusula penal fuente de una obligación condicional, antes del acaecimiento del hecho futuro e incierto, del cual pende su nacimiento y exigibilidad, el acreedor sólo tendrá a su disposición acción para exigir del deudor la prestación principal.

Tratándose del cumplimiento de la condición, éste dependerá de la naturaleza de la obligación principal, si es negativa habrá pena desde que el deudor ejecuta el hecho que se ha obligado a abstenerse. En caso de ser positiva requerirá que se constituya en mora al deudor (artículo 1595 Código Civil). Resáltese que se siguen las mismas reglas que se aplican para la indemnización de perjuicios (1615 *ibídem*).

Respecto de la constitución en mora del deudor, se debe aplicar lo establecido en el artículo 1608 del Código Civil⁴⁷, de conformidad con el contenido normativo consignado en el artículo 1595 *ibídem*.

Una vez constituido el deudor en mora, nace el derecho al cobro de la pena en cabeza del acreedor⁴⁸, es decir, que en su patrimonio se registrará un derecho de crédito por la pena, independiente del que de ordinario tiene por la obligación principal (ver carácter accesorio de la cláusula penal: 1.2 c).

⁴⁶ No sobra indicar que el acreedor no está obligado a demandar primero la obligación principal, toda vez que la ley le reconoce un derecho alternativo de pedir la pena o el cumplimiento. En igual sentido Alessandri Rodríguez, Arturo. *ob. cit.*, pág. 113.

⁴⁷ El cual establece que el deudor estará en mora: (i) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora, como en el caso del arrendamiento, artículo 2007 del Código Civil; (ii) cuando las cosas no han podido ser dadas o ejecutadas sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darlas o ejecutarlas; y (iii) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

⁴⁸ En términos del artículo 1594, surge para el acreedor un derecho para exigir a su arbitrio el cumplimiento de la obligación principal o la pena, excluyendo la posibilidad de que el deudor pueda liberarse del cumplimiento ofreciendo la pena, sacando provecho de su incumplimiento. En el mismo sentido: Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 508.

c) Reducción del monto de la pena⁴⁹

El legislador, tratándose de la cláusula penal, ha autorizado el reajuste del monto de la pena en dos eventos: primero, cuando el acreedor acepta espontáneamente el cumplimiento parcial de la obligación, caso en el cual se presentará una reducción proporcional (artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio⁵⁰),⁵¹ y segundo, cuando quiera que su cuantía resulte desproporcionada en comparación con la prestación principal incumplida (artículo 1601 *ibídem*)⁵². De lo anterior se distinguen tres situaciones:

1) Reajuste en las obligaciones de valor determinado

Establece el inciso 1 del artículo 1601 del Código Civil que *cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose esta en él.*

Esta disposición normativa tendrá aplicación en aquellos eventos en que, además de tratarse de un contrato conmutativo, esto es, aquel en que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes (artículo 1498 del Código Civil), la obligación principal y la pena sean apreciables en una suma determinada de dinero.

Cumplido lo anterior, el deudor podrá solicitar judicialmente que se reajuste el monto de la pena tomando como límite el duplo de la obligación principal, monto final en el cual quedará incluido el valor de ésta⁵³.

⁴⁹ Quinto y último principio expuesto por POTHIER. *ob. cit.*, pág. 212 a 215. Para explicar la naturaleza jurídica de las obligaciones penales, en el cual señala la posibilidad de reducción de la pena por el juez cuando esta resulte excesiva, bajo el argumento de que cuando el deudor se somete a este tipo de pena se puede *presumir que es la falsa confianza de que él no faltará a la obligación primitiva, la que le lleva a tal estipulación*. Por tanto, *el consentimiento que él da (...) siendo fundado en un error, no es uno válido*.

⁵⁰ Se debe advertir sobre una diferencia existente entre ambos Códigos, toda vez que el Civil dispone que en caso de pago parcial habrá una reducción proporcional de la pena, mientras que en el de Comercio la reducción de la pena la hará el juez equitativamente.

⁵¹ La reducción de la pena por pago parcial sólo procede cuando la cláusula penal estipulada es indemnizatoria compensatoria, no moratoria. Véase Gómez Velásquez, Hernán. *ob. cit.*, pág. 923. Igualmente, no procede en los eventos en que la cláusula penal cumple una función de apremio. Véase Abela Maldonado, Andrew. *ob. cit.*, pág. 158.

⁵² El legislador decidió que en ese evento, aun existiendo un vicio, la sanción no sería la rescisión del acto, como ocurre con: (i) la compraventa de bienes inmuebles (artículo 1946); (ii) la partición de bienes (artículo 1405), y en la aceptación de las asignaciones sucesoriales (artículo 1291); sino el reajuste de la cláusula, como sucede con la estipulación de intereses en el mutuo (artículo 2231) y en la anticresis (artículo 2466).

⁵³ En iguales términos, Ospina Fernández, Guillermo. *ob. cit.*, pág. 151 y 152; Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 530 y 531; en contra, Navia Arroyo, Felipe. *ob. cit.*, pág. 487 y 501, quien interpreta que cuando la norma (artículo 1601) establece que se incluya la obligación principal, está señalando que se le debe sumar. *¿podría,*

A propósito de este punto, se debe mencionar que el Código de Comercio estatuye una regla similar en lo relativo al límite, pues el artículo 867 establece que *cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella*. Lo que indica que, al igual que en el Código Civil, la pena no podrá ser superior al equivalente de la prestación principal.

Respecto de la consecuencia que surge con ocasión de una estipulación que contravenga el límite en materia mercantil, considero que se deberá aplicar el reajuste, resultando como pena una suma equivalente a la obligación principal⁵⁴.

2) Reajuste en las obligaciones de valor indeterminado

Cuando la obligación principal sea de valor inapreciable o indeterminado y, la pena pareciere enorme, el reajuste quedará en manos de la prudencia del juez quien deberá tener en cuenta las circunstancias que cada caso ofrezca (inciso final del artículo 1601 del Código Civil). Misma regla aplicable en materia comercial, ya que el artículo 867 del Código de Comercio replica el contenido normativo incluido en el Código Civil.

3) Reglas para el mutuo

El legislador estableció que habrá lesión enorme en la cláusula penal incluida en los contratos de mutuo cuando la pena exceda el máximo del interés moratorio que es permitido estipular en estos negocios (tercer inciso del artículo 1601 del Código Civil)⁵⁵.

Por ello, verificada la vulneración a los topes establecidos por el legislador en esta materia, y a solicitud del deudor, el juez reajustará la tasa al límite, esto es, a una y media veces el interés corriente.

acaso, darse mejor ejemplo de la naturaleza punitiva de la cláusula penal, que éste, en el que el acreedor (...), puede cobrar hasta tres veces el valor de la obligación principal?

⁵⁴ En el mismo sentido Abela Maldonado, Andrew. *ob. cit.*, pág. 163.

⁵⁵ (1) Sobre este punto es importante mencionar que el artículo 65 de la ley 45 de 1990 establece un límite en lo relativo a las obligaciones mercantiles dinerarias, en la medida en que cuando la cláusula penal se pacte como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo, ésta se tendrá como interés de mora y, por consiguiente, quedará cobijada con las limitaciones del régimen de intereses.

(2) No sobra indicar, que cuando la obligación principal es dineraria y lo que se pretende por el acreedor es el cumplimiento del contrato, cualquier pena que se estipule debe ser moratoria, sujeta al límite del régimen de intereses y no al consagrado en el artículo 1601 (artículo 1617). Esta limitación opera, aun cuando la pena cumpla una función de apremio por consiguiente, no pueden coexistir intereses moratorios y multa. Sin embargo, se debe advertir que, cuando la obligación principal es en dinero y la pena no, no aplica el régimen de intereses sino la regulación propia de la cláusula penal. Por ello, se dice que al acreedor le conviene pactar una pena que no sea en dinero. Ver: Gómez Velásquez, Hernán. *ob. cit.*, pág. 949, 950 y 955.

1.4.2 Naturaleza indemnizatoria

a) Monto del perjuicio

Desde la celebración del contrato las partes determinan el *quantum* del perjuicio que se ocasionaría en caso de presentarse un incumplimiento. Este efecto resulta relevante, ya que las tasaciones legales de perjuicios sólo tienen lugar en obligaciones dinerarias (artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio) y excepcionalmente en algún caso más⁵⁶.

Por otro lado, se debe recordar que la regla general en materia de indemnización de perjuicios indica que sólo en ausencia de liquidación convencional, es decir, en defecto de cláusula penal, aplica la tasación legal y, a falta de ésta, será el juez quien fije el monto del perjuicio a indemnizar⁵⁷. De ahí que se pueda afirmar, sin lugar a equívocos, que la estimación convencional prima sobre la judicial (artículos 1608 a 1616 del Código Civil) y aún sobre la legal (artículo 1617 *ibídem*)⁵⁸.

b) Lo relativo a las cargas probatorias⁵⁹

Al ser las partes quienes realizan la tasación anticipada de los perjuicios derivados del daño causado por un incumplimiento contractual, éstas excluyen la intervención del arbitrio judicial para realizar dicha estimación. En estos casos, el papel del juez se circunscribe a ejecutar la voluntad de las partes, la cual ha sido consignada en una cláusula penal.

Este efecto desencadena una situación de relevante significación: las partes, al predeterminar las consecuencias de un posible incumplimiento y, por tanto, escapando del escenario judicial, al menos en lo relativo a los perjuicios, se liberan de la carga probatoria que supone su acreditación. Así, el acreedor se exime de probar el perjuicio causado y el deudor se ve imposibilitado para acreditar que su incumplimiento no ha causado perjuicio alguno⁶⁰.

⁵⁶ El Código de Comercio al regular el transporte terrestre de cosas, prevé una indemnización en caso de pérdida equivalente al precio de la mercancía más un 25% de dicho precio como lucro cesante (artículo 1031). Sírvase tener, igualmente, como ejemplos los artículos 397 y 731 de la ley comercial, relativos al contrato de suscripción de acciones y a la sanción por falta de pago imputable al librador de un cheque.

⁵⁷ Véase Alessandri Rodríguez, Arturo. *ob. cit.*, pág. 96 y 105.

⁵⁸ Véanse Ospina Fernández, Guillermo. *ob. cit.*, pág. 145 y Cubides Camacho, Jorge. *ob. cit.*, pág. 316.

⁵⁹ *La cláusula penal exonera al acreedor de la prueba de los perjuicios por la obvia razón de que, con ella, el acreedor no está cobrando los perjuicios, sino exigiendo que se cumpla un pacto, un acto de autonomía particular, cuyos efectos se desencadenan por el advenimiento del incumplimiento.* Navia Arroyo, Felipe. *ob. cit.*, pág. 502.

⁶⁰ Así se desprende del artículo 1599 del Código Civil. Sobre el particular, algunos autores afirman que el citado artículo establece una verdadera presunción de derecho. Véase Cubides Camacho, Jorge. *ob. cit.*, pág. 316 y Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 523.

c) Ventajas en cuanto al proceso al que se debe acudir para exigir la pena

En la mayoría de los casos, cuando las partes introducen dentro de sus contratos una cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios, su incorporación, una vez se presenta el incumplimiento, conlleva a la inclusión de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, la cual permite que el acreedor busque su cobro mediante un proceso ejecutivo, el cual al ser comparado con uno ordinario, tiene numerosas ventajas, tales como términos menos extensos, inversión de la carga de la prueba producto de la presunción de buen derecho, la primera actuación del juez es librar mandamiento ejecutivo, el proceso termina con el pago de la obligación, entre otras⁶¹.

d) Cobro de la pena, la obligación principal y la indemnización de perjuicios⁶²

El acreedor está en la imposibilidad de exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación principal. Se encuentra en igual situación en lo relativo a la indemnización de perjuicios pues no puede válidamente solicitar éstos junto con la pena (artículos 1594 y 1600 del Código Civil).

Las anteriores restricciones surgen, ya que el Código Civil parte de la idea de que la cláusula penal, como tasación anticipada de perjuicios, es indemnizatoria compensatoria⁶³ esto es, reemplazante de la obligación principal, por lo que el acreedor se encuentra bajo la prohibición general, según la cual, no se puede obtener un doble pago en razón de una misma causa⁶⁴.

Sin embargo, el legislador decidió permitir tal acumulación en dos casos⁶⁵: cuando así se estipula expresamente por las partes, caso en el cual la cláusula penal tendría más una función sancionatoria; o cuando aparezca haberse estipulado que la pena se causa por el simple retardo⁶⁶, evento este en el que su naturaleza no será indemnizatoria compensatoria sino moratoria⁶⁷.

⁶¹ En el mismo sentido, Gómez Velásquez, Hernán, *ob. cit.*, pág. 939 y Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *ob.cit.*, pág. 181.

⁶² Véase Cubides Camacho, Jorge. *ob. cit.*, pág. 318.

⁶³ Véase la Sentencia del 23 de mayo de 1996 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 4607. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

⁶⁴ Véase Gómez Velásquez, Hernán. *ob. cit.*, pág. 933 y Alessandri Rodríguez, Arturo. *ob. cit.*, pág. 111.

⁶⁵ Resulta importante mencionar que el artículo 2486 del Código civil, incluye otra excepción al permitir que se solicite simultáneamente el cumplimiento de la transacción y la pena. Disposición esta, conocida en el Derecho Romano como *rato manente pacto*.

⁶⁶ Caso en el cual el acreedor podrá exigir del deudor tanto la pena como la ejecución de la obligación principal. En el mismo sentido: Uribe Holguín, Ricardo. *ob. cit.*, pág. 186.

⁶⁷ Afirma Gómez Velásquez, Hernán. *ob. cit.*, pág. 934, que cuando la pena es moratoria *basta para que proceda la acumulación, que “aparezca” haberse estipulado de esa manera (...) como cuando se señala que habrá una multa por cada día de retraso, que suele utilizarse en los contratos de ejecución sucesiva, particularmente si es administrativo*. En el mismo sentido, Claro Solar, Luis. *ob. cit.*, pág. 510.

e) Incompatibilidad entre la pena y la indemnización de perjuicios⁶⁸

Si la pena estipulada no cubre la totalidad de los perjuicios que ocasiona el incumplimiento, el acreedor deberá escoger si reclama la indemnización de perjuicios o la pena (artículo 1600 del Código Civil). Esta imposibilidad de acumulación se produce exclusivamente en aquellos eventos en los que la cláusula penal cumple una función de indemnización compensatoria, pues cuando es moratoria o cumple una función sancionatoria podrá el acreedor solicitar conjuntamente la pena y la indemnización de perjuicios⁶⁹. Es de esta forma, dado que la pena cuando es compensatoria, reemplaza el cumplimiento de la obligación principal⁷⁰, objetivo que también cumple la indemnización de perjuicios compensatorios.

1.4.3 Naturaleza sancionatoria

a) Carácter persuasivo, la amenaza de pena invita a cumplir

Salta a la vista el carácter persuasivo que surge al pactarse una cláusula penal cuyo fin radica en conminar a la observancia de las estipulaciones contractuales so pena de pagar una suma de dinero, sin que el pago de la pena implique que el deudor se libere de ejecutar las obligaciones contractuales e independiente de la indemnización de perjuicios a que haya lugar. La inclusión de esta estipulación impone a las partes una invitación al cumplimiento oportuno y a un actuar diligente.

b) Cobro de la pena, la obligación principal y la indemnización de perjuicios⁷¹

Además del carácter persuasivo de la cláusula penal cuando cumple una función sancionatoria, se debe destacar que la satisfacción de la pena no conlleva a la extinción de la obligación principal ni cubija la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Así se desprende de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil que autorizan el cobro de la pena

⁶⁸ En los casos en que se haya pactado la cláusula penal en función de indemnización compensatoria, el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: si menos indemnización pero liberado de la carga de demostrar los perjuicios y su monto, o más indemnización, con prescindencia de la cláusula penal. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de junio de 2002, expediente 7320. M.P. Silvio Fernando Trejos.

⁶⁹ Gómez Velásquez, Hernán. *ob. cit.*, pág. 936. *Si la pena moratoria es compatible con la ejecución de la obligación principal (artículo 1594) ¿por qué no va a ser acumulable con la indemnización compensatoria que, precisamente, reemplaza la obligación principal?* En el mismo sentido véase la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 18 de noviembre de 2014, expediente 0784-01. M.P. Margarita Cabello Blanco.

⁷⁰ En la medida en que la obligación se extingue por el pago no *in natura*, sino por equivalente.

⁷¹ Véase Uribe Holguín, Ricardo. *ob. cit.*, pág. 187.

conjuntamente con el de la obligación principal o la indemnización de perjuicios, bajo condición de pacto expreso en tal sentido⁷².

1.5 La cláusula penal en las prácticas comerciales internacionales

Ante la innegable tendencia hacia la globalización e internacionalización del Derecho que tiene como objetivo facilitar las transacciones comerciales y el flujo de capitales, producto del vertiginoso desarrollo global, resulta conveniente finalizar este capítulo haciendo algunas referencias respecto de la utilización de la cláusula penal en las prácticas comerciales internacionales.

1.5.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁷³ tiene el mandato de promover la armonización, unificación y modernización progresiva del comercio internacional a través del fomento y adopción de instrumentos legislativos⁷⁴ y no legislativos⁷⁵, relativos a temas de relevancia en el derecho comercial⁷⁶.

La CNUDMI, en su décimo período de sesiones, solicitó al Secretario General que examinara la viabilidad y conveniencia de establecer un régimen uniforme que rigiera las cláusulas sobre indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales en los contratos comerciales internacionales. Solicitud esta que tuvo respuesta en una Nota de la Secretaría presentada en el undécimo período de sesiones con fecha del 1 de mayo de 1978, en la cual se puso de manifiesto las ventajas de estas figuras jurídicas:

Las cláusulas o estipulaciones que disponen una indemnización o una pena en caso de incumplimiento tienen amplio uso en los contratos comerciales; esas cláusulas son atractivas para los comerciantes y para sus abogados; si la suma fijada en la cláusula es suficientemente alta, acrecienta la probabilidad de que la contraparte cumpla sus obligaciones en el tiempo y forma convenidos; si la contraparte no cumple de conformidad con el contrato, la cláusula proporciona un cálculo fácil, rápido y claro de la

⁷² La cláusula penal, si bien como cláusula de apremio, permite hacer el cobro simultáneo de perjuicios y pena, pero no permite realizar el cobro de tales perjuicios y de la pena más la exigencia de la obligación principal, ya que supondría un cobro doble de perjuicios y la obligación principal. Abela Maldonado, Andrew. *ob. cit.*, pág. 158.

⁷³ Establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 2205 (XXI), del 17 de diciembre de 1966.

⁷⁴ Tales como las convenciones (acuerdos entre Estados por el que se establecen obligaciones que vinculan a los Estados que lo ratifican), las leyes modelo (conjunto de disposiciones modelo que los Estados pueden incorporar en su derecho interno) y las guías legislativas (texto que orienta para la elaboración de leyes).

⁷⁵ V.Gr reglas contractuales (cláusulas uniformes para incluir en los contratos comerciales) y guías jurídicas (texto de orientación para la redacción de contratos comerciales).

⁷⁶ Véase la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, sección II, párrafo 8.

indemnización por ese incumplimiento; como consecuencia, se reduce la probabilidad de litigio entre las partes, así como el costo que resulta directamente del montaje de cualquier litigio y el peligro de ruptura de las relaciones de negocios entre las partes; estas ventajas de las cláusulas parecerían ser aun más importantes en un contrato entre partes que están en dos países distintos; las posibilidades de dilación o de incumplimiento son mayores, las presiones informales que pueden ejercerse para estimular el cumplimiento de la contraparte son menos efectivas y el acceso a un sistema jurídico extranjero- que resultaría necesario para una de las partes por lo menos en caso de litigio- es más difícil y costoso que en los casos en que el contrato liga a dos partes de un mismo país⁷⁷.

En su duodécimo período de sesiones, como consecuencia del informe presentado por el Secretario General, la Comisión solicitó a su Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales que estudiara la posibilidad de formular normas uniformes sobre las cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y las cláusulas penales. En su decimocuarto período de sesiones, la Comisión estudió el proyecto de normas uniformes preparado por el Grupo de Trabajo y, en el informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su decimosexto período de sesiones, del 24 de mayo al 3 de junio de 1983, en su capítulo II, párrafos 11 a 78, se aprobó el texto sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, del cual se debe resaltar⁷⁸:

a) Ámbito de aplicación

Sus normas aplican únicamente a los contratos internacionales, entendidos como aquellos en el cuales las partes, al momento de la celebración, tienen sus establecimientos en Estados diferentes (artículos 1 y 2).

b) Definición

Las cláusulas en cuestión se entienden como aquellas en que la falta de cumplimiento de una parte origina el derecho de la otra a obtener una suma convenida, ya sea por concepto de pena o de indemnización (artículo 1).

c) Acumulación de la pena, el cumplimiento y la indemnización de perjuicios

Si el contrato establece que la pena se causa por la mora en el cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación principal como a la suma convenida. Empero, si el acreedor tiene derecho a la pena en razón del incumplimiento, deberá contentarse con lo uno o lo otro. Es del caso señalar que si el *quantum* incluido en la

⁷⁷ Citada por Gómez Calero, Juan, *ob. cit.*, pág. 32.

⁷⁸ La Guía Jurídica de la CNUDMI sobre operaciones de comercio compensatorio internacional de 1993, en su capítulo X, relativo a las cláusulas de indemnización pactada y penales, fija unos criterios similares.

cláusula no pudiera considerarse razonablemente como una indemnización por incumplimiento, el acreedor tendrá derecho al cumplimiento y a la pena.

Respecto de la indemnización de perjuicios, la regla general es que el acreedor no puede reclamar daños y perjuicios adicionales cuando tenga derecho a exigir la pena. No obstante, cuando la suma convenida sea sustancialmente inferior a la pérdida causada, podrá solicitar la indemnización y la pena (artículos 6 y 7).

d) Reducción del monto de la pena

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, se permite la reducción del monto de la pena, empero en lugar de utilizar un parámetro objetivo (*ultra duplum*) se opta por dejar en manos de un tribunal judicial o arbitral reducir la suma convenida cuando ésta resulte sustancialmente desproporcionada en relación con los perjuicios causados (artículo 8).

1.5.1.2 Tratamiento en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980⁷⁹

Si bien, un análisis pormenorizado del contenido y alcance de esta convención excede el objeto de este trabajo, resulta significativo hacer una breve aproximación sobre el tratamiento que dicho instrumento da a la cláusula penal, dada a su importancia⁸⁰ en las transacciones comerciales internacionales.

Los miembros de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas de promover el progreso económico y social de todos los pueblos⁸¹, convocaron en 1974 el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, con el objetivo de estudiar por primera vez los problemas de las materias primas y del desarrollo y considerar las cuestiones económicas más relevantes de la comunidad internacional.

Dentro del mencionado período extraordinario de sesiones, los miembros de las Naciones Unidas proclamaron solemnemente su determinación de trabajar con urgencia por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la cooperación de todos los Estados, que permitiera garantizar a las generaciones presentes y futuras un desarrollo económico y social que vaya acelerándose⁸².

⁷⁹ Véase el Compendio de jurisprudencia relativa a la CCIM de 2012 de la CNUDMI.

⁸⁰ Derivada de su extendida aplicación, como consecuencia del gran número de Estados parte, hoy 83.

⁸¹ Véase el preámbulo y el capítulo IX (artículos 55 a 60) de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco 1945).

⁸² Ver las Resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI).

Como materialización de dicha proclamación surgió la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁸³, la cual además de proporcionar un texto uniforme y equitativo para ese tipo de contratos, contribuye a la estructuración de un régimen que facilita las relaciones comerciales y mitiga los costos de transacción.

La Convención está dividida en cuatro partes, la primera relativa al ámbito de aplicación y a las disposiciones generales. La segunda contiene las normas que rigen la formación de los contratos de compraventa internacional de mercancías. La tercera trata los derechos y obligaciones de las partes. Finalmente, la cuarta se refiere al momento de entrada en vigor y a las reservas y declaraciones que se permite hacer.

En lo relativo a la cláusula penal, se debe indicar que la propia Convención señala expresamente las cuestiones que son ajenas a su campo de aplicación, entre ellas, la validez del contrato y de sus estipulaciones (artículo 4). En ese sentido, los tribunales han excluido del ámbito de aplicación de la CCIM la validez y el alcance de la cláusula penal dentro del contrato⁸⁴, los cuales se rigen por el derecho interno aplicable⁸⁵.

⁸³ No sobra indicar que fue en el Instituto para la Unificación del Derecho Privado en donde surgió la iniciativa de unificar el régimen de la compraventa internacional de mercaderías y que en la Conferencia de la Haya sobre Derecho internacional privado de 1964 se adoptaron dos convenciones relativas a la compraventa internacional de mercancías y a la formación de éstos contratos, las cuales no tuvieron mucha aceptación en razón de la escasa participación de los Estados en su formación y su parcialización en beneficio de los Estados desarrollados. Véase la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

⁸⁴ Véanse el caso CLOUT núm. 104 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1992 (laudo núm. 7197), en donde el conflicto surgió a raíz de que el comprador (búlgaro) no pagó al vendedor (austríaco) en el plazo convenido el precio. El tribunal arbitral al acudir a las normas de derecho internacional privado determinó que se debía aplicar el derecho austríaco, el cual incluía la CCIM, por ello, en aplicación de los artículos 54, 62 y 63 1, consideró que el comprador había incumplido al no abrir la carta de crédito irrevocable. Igualmente, el tribunal estimó que el vendedor tenía derecho a reclamar el cumplimiento, sin perder su derecho a la indemnización y que éste último no era incompatible con la cláusula de penalización que figuraba en el contrato (artículos 61 1) a), y 2, 64, 72 y 79 de la CCIM); y Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 25 de enero de 2008, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de internet: cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html; en donde una compañía española compró de un vendedor alemán equipos para la producción de helado y accesorios para café, los cuales iban a ser utilizados en un establecimiento comercial en Mallorca. El vendedor se obligó a entregar los equipos listos para su uso en el domicilio del comprador. El contrato incluía una cláusula penal en caso de incumplimiento y Hamburgo como lugar de jurisdicción (la CCIM forma parte de su legislación interna). El vendedor entregó los equipos y accesorios y el precio fue pagado en parte, pues el equipo para la producción de helados no fue instalado satisfactoriamente, ante lo cual el comprador declaró resuelto el contrato y solicitó que se le restituyera el precio pagado y se le pagara la pena convencional. El Tribunal Regional Superior concedió al comprador el derecho a exigir el pago de la pena más intereses (en aplicación de los artículos 74, 78, 79, y 80), pero rechazó la solicitud de reembolso del precio, toda vez que: (i) el comprador no notificó al vendedor en un plazo razonable ni especificó suficientemente su falta de conformidad con las mercaderías (artículo 39) y (ii) no se produjo un incumplimiento esencial al contrato (artículo 25) y, por ende, el comprador no tenía derecho a declarar resuelto el contrato en virtud de los artículos 49 1) a) y 51 2).

⁸⁵ Abela Maldonado, Andrew. *ob. cit.*, pág. 194.

Ahora, si bien la indemnización de daños y perjuicios están regulados en la sección II del capítulo quinto de la parte tercera de la CCIM (artículos 74 a 76), considero que antes de exponer sus términos, se deben poner de manifiesto algunas reglas consignadas a lo largo de la Convención con efectos sobre la cláusula penal.

- a) El artículo 6 establece que las partes pueden incorporar dentro de sus contratos, por ejemplo, mediante cláusulas penales o de indemnización fijada convencionalmente, excepciones o modificaciones a las disposiciones de la CCIM, incluidas las relativas a los daños y perjuicios⁸⁶.
- b) El monto de la pena genera automáticamente intereses de conformidad con el artículo 78, sin que sea necesaria petición o formalidad alguna por parte del acreedor, pues el artículo 59 extiende sus efectos a toda obligación dineraria surgida en virtud del contrato⁸⁷.
- c) Aun cuando haya resolución del contrato, el derecho del acreedor a obtener la indemnización de daños y perjuicios y las estipulaciones que regulen los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución, entre ellas, la cláusula penal, subsisten (artículo 81)⁸⁸.

Respecto del régimen aplicable a la indemnización de daños y perjuicios incluido en la CCIM se debe mencionar que siguen los siguientes criterios generales, la indemnización debe ser integral (incluir daño emergente y lucro cesante) y no podrá exceder el monto de la pérdida prevista (artículo 74); si en caso de resolución tiene ocurrencia la compra o venta de reemplazo, quien exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo (artículo 75); finalmente, la

⁸⁶ Véanse los fallos del Tribunal de Apelación de Turku, Finlandia, 12 de abril de 2002, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/020412f5.htm; y del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Federación de Rusia, 23 de noviembre de 1994 (laudo núm. 251/1993), en los cuales se aplican estipulaciones contractuales que limitan o liquidan (la indemnización por el cumplimiento tardío fue concedida sólo en los términos de la cláusula penal contractual) los daños y perjuicios; y el caso CLOUT núm. 301 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1992 (laudo núm. 7585), en el cual el Tribunal estimó que si las partes habían acordado que el acreedor tenía derecho a una retribución compensatoria en caso de que la causa de la resolución fuera el comportamiento del deudor, esto no impedía que este pudiera solicitar, igualmente, la indemnización prevista en el artículo 75. Citadas en el Compendio de jurisprudencia relativa a la CCIM de 2012 de la CNUDMI, págs. 377 y 379.

⁸⁷ Regla aplicada en el citado fallo: Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 25 de enero de 2008.

⁸⁸ Véase Oberster Gerichtshof, Austria, 29 de junio de 1999 cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html#cx>; en donde se afirma que un contrato resuelto no queda totalmente sin efectos, pues la relación contractual se transforma en una relación de restitución.

parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables para reducir la pérdida (artículo 77)⁸⁹.

Dicho lo anterior, se puede concluir que a la luz de la CCIM, las partes en ejercicio de su autonomía y libertad contractual pueden incluir dentro de los contratos de compraventa internacional de mercaderías cláusulas penales, cuya validez quedará sujeta a lo dispuesto por la ley que resulte aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

1.5.2 Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar la adopción gradual de una legislación uniforme en la materia por parte de los mismos. Para ello, el Instituto emprende estudios de derecho comparado; diseña proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales, y estructura proyectos de leyes o convenciones con la finalidad de establecer un régimen uniforme, entre otros (artículo 1 del Estatuto Orgánico de UNIDROIT).

El Instituto, como materialización de sus propósitos, ha fijado unos Principios en donde se establecen una serie de reglas generales relativas a la formación, validez, interpretación, contenido, y cumplimiento contractual, aplicables a los contratos mercantiles internacionales, cuando las partes hayan acordado que el contrato celebrado se rija por ellos⁹⁰. Igualmente, estos sirven como modelo para la estructuración de la legislación nacional e internacional.

En lo relativo a la cláusula penal, los Principios en su capítulo séptimo, sección cuarta, artículo 7.4.13 señalan que en caso de presentarse un incumplimiento, entendido como la inejecución por una parte de alguna de sus obligaciones, incluyendo el cumplimiento defectuoso o tardío (artículo 7.1.1), y que en el contrato se haya incorporado una estipulación que imponga una obligación de pagar una suma determinada⁹¹ en cabeza de la incumplida en beneficio de la perjudicada, tendrá ésta derecho a cobrar dicha suma sin tener en cuenta el daño efectivamente causado.

⁸⁹ Véase *Gerechtshof Arnhem*, Países Bajos, 22 de agosto de 1995, en donde se concluyó que, si la parte agraviada hace valer la cláusula penal incluida en el contrato, el artículo 77 no exige que se reduzca la cuantía de la pena para reducir la pérdida. Citada en el Compendio de jurisprudencia relativa a la CCIM de 2012 de la CNUDMI, págs. 407 y 410.

⁹⁰ En todo caso, estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional y, las partes por regla general, son libres para derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones (artículos 1.4 y 1.5).

⁹¹ No obstante dicha suma, a pesar de pacto en contrario, podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias (segunda parte del artículos 7.4.13).

De esta manera, los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales admiten que las partes, en ejercicio de su libertad para contratar y, en determinación del contenido del contrato, incluyan en él cláusulas penales bien como estimación de perjuicios o como pena adicional a los perjuicios compensatorios⁹².

Sobre este punto, se debe resaltar que los Principios no solamente permiten que la cláusula penal cumpla una función sancionatoria, sino que admiten la posibilidad de que un tribunal al ordenar a una parte el cumplimiento de sus obligaciones, imponga el pago de una pena si no cumple con tal orden (pena judicial), sin perjuicio del derecho al resarcimiento en cabeza de la parte perjudicada (artículo 7.2.4).

⁹² El artículo 7.4.1 establece que *el incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento* (entendido como el derecho a la reparación integral de daño causado, que comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada), *bien exclusivamente o en conurrencia con otros remedios*. (Subrayas ajenas al texto original)

CAPÍTULO 2: LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Los contratos celebrados por la Administración pública están sujetos al ejercicio del poder de dirección, control y vigilancia por parte de las diferentes entidades estatales, cuya materialización estará destinada hacia la búsqueda del cabal cumplimiento del negocio pactado. No se puede perder de vista que cuando el Estado a través de sus entidades se involucra en el tráfico jurídico pretende en todos los eventos, además de colmar el interés público, realizar sus fines.

Es por esto que la legislación, además de otorgarle a la Administración facultades de terminación anormal del contrato, aplicables en casos de incumplimientos que tengan la virtualidad de afectar de manera grave la ejecución del mismo; autoriza a las entidades estatales para que a través de sanciones induzcan al contratista a la realización de las obligaciones que tienen a su cargo.

En efecto, las sanciones coercitivas provisionales tienen como objetivo conminar al colaborador de la Administración a la correcta ejecución de las prestaciones convencionales. Ahora bien, dado el papel intimidatorio que éstas desempeñan, se requiere que resulten eficaces, pues en esa medida los efectos nocivos, esto es, la perturbación provisional al interés general, producto de incumplimientos parciales, producirán los menores efectos.

No obstante, cabe aclarar que la Administración al contratar con los particulares tiene el objetivo de que estos colaboradores coadyuven con ella para lograr la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Por ello, lo que realmente interesa a las diferentes entidades es la idónea y oportuna ejecución de las obligaciones convencionales, y no la acumulación de dinero producto de indemnizaciones y/o sanciones⁹³.

De lo anterior se colige que la disertación que se realizará sobre la eficacia de las multas estará guiada bajo esta premisa fundamental: la idoneidad de la operatividad de la medida se analizará teniendo en cuenta que su objetivo consiste en sancionar y conminar al colaborador de la Administración para que éste ajuste su conducta a los dictados del contrato. De este modo, no se tomará como parámetro de estudio la cantidad de dinero que las diferentes entidades estatales han acumulado producto de su imposición.

Precisado lo anterior, se advierte que el orden expositivo que se seguirá en este capítulo es el siguiente: primeramente se describirá la noción de la medida así como sus características y efectos; posteriormente se procederá a hacer un recuento sobre el marco normativo que ha

⁹³ Véase Palacio Hincapié, Juan Ángel. “*La contratación de las entidades estatales*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Pág. 453.

disciplinado la cláusula de multas en la contratación estatal, igualmente se enunciarán y resolverán algunas controversias que han surgido sobre la naturaleza y operatividad de este tipo de estipulaciones, y por último se realizará el análisis relativo al derecho comparado.

2.1 CLÁUSULA DE MULTAS

La cláusula de multas en la contratación estatal, derivada de la ya estudiada estipulación penal que cumple una función de apremio en el régimen privado, han sido entendidas como una *coacción económica sobre el deudor, encaminada a persuadirlo de la necesidad de cumplir bien y oportunamente las prestaciones a su cargo*⁹⁴.

Esta previsión convencional de las consecuencias del incumplimiento, incluida en los contratos estatales con miras a constreñir al colaborador de la Administración al cesamiento de la inexecución de sus obligaciones⁹⁵, ha sufrido, a lo largo de los años, cambios significativos como consecuencia del disímil tratamiento dado tanto por la regulación nacional como por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ante esta situación, se hará un análisis pormenorizado de esta figura jurídica en el marco de la contratación estatal, haciendo un estudio sesudo sobre su definición, características, procedimiento de imposición y, finalmente, respecto de los efectos que se producen con ocasión de su materialización en vigencia del acuerdo de voluntades.

2.1.1 Noción

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido la multa como una previsión contractual según la cual en el evento de presentarse un incumplimiento parcial o de mora en la ejecución de las obligaciones del contratista, ocurridas dentro del plazo del contrato, éste se hace acreedor de una sanción de tipo pecuniario por parte de la Administración, la cual tiene como objetivo constreñirlo hasta que cumpla⁹⁶.

Asimismo, diferentes autores han precisado en sus obras el concepto de la cláusula de multas en la contratación estatal, así RAMIRO BORJA ÁVILA⁹⁷ la define como aquella estipulación que tiene como propósito castigar pecuniariamente la no ejecución de la prestación en el tiempo debido.

⁹⁴ Suescún Melo, Jorge. “*Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*”. Tomo II. Edit. Legis. Segunda edición. Bogotá. 2003. Pág. 16 y 17.

⁹⁵ *Las multas no buscan sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumplido se sienta compelido a cumplir*. Sentencia del 1 de octubre de 1992 del C. de E. Sección Tercera, expediente 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁹⁶ Véase la Sentencia del 19 de octubre de 2005 del C. de E. Sección Tercera, expediente 15011, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁹⁷ En: “*Estudios jurídicos sobre la contratación estatal*”. Edit. Ibáñez. Bogotá. 2009. Pág. 140.

Por su parte, PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL⁹⁸ considera que las *multas son una sanción impuesta al incumplimiento parcial del contratista, cuando su conducta obligacional puede corregirse para la ejecución oportuna del contrato.*

RODRIGO ESCOBAR GIL⁹⁹ precisa que las multas consisten en una medida *que puede adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones.*

Finalmente, RODRÍGUEZ TAMAYO MAURICIO FERNANDO¹⁰⁰, considera que son una *previsión contractual dirigida a apremiar al deudor de una prestación para que cumpla (...) Su pacto se funda en el principio de la autonomía de la voluntad, propio del derecho privado.*

De lo dicho se infiere, en suma, que la cláusula de multas es una estipulación accidental en los contratos estatales (en los términos del artículo 1501 del Código Civil), fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, incluida en el negocio con el propósito de que la Administración apremie, constriña o compulse a su colaborador a la observancia de los dictados del acuerdo, cuando quiera que durante la etapa de ejecución se presenten incumplimientos parciales salvables que no impidan la realización oportuna del mismo.

2.1.2 Características

a) Inclusión en el contrato estatal

Las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden incluir dentro de los contratos estatales la cláusula de multas a través de una estipulación accidental (1501 del Código Civil), en la cual se deberán precisar, clara e inequívocamente, cuáles son las causales que permiten a la Administración imponer la medida, así como la cuantificación de la misma¹⁰¹.

Sobre este punto, es importante resaltar que en materia sancionatoria administrativa impera el principio de cobertura legal, según el cual, si bien la ley debe fijar de forma genérica las conductas que traen como consecuencia la sanción, así como las clases y cuantías de las mismas; las partes pueden, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, determinar

⁹⁸ En: “*La contratación de las entidades estatales*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2010. Pág. 453.

⁹⁹ *ob.cit.*, pág. 367.

¹⁰⁰ En: “*Los contratos estatales en Colombia*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2013. Pág. 369.

¹⁰¹ Véase la Sentencia del 20 de junio de 2002 del C. de E. Sección Tercera, expediente 19488, M.P. Ricardo Hoyos Duque, y Herrera Barbosa, Benjamín. “*Contratos Públicos actualizado con el Decreto 2170 de 2002*”. Edit. Ediciones jurídicas Ibáñez. Bogotá. 2004. Pág. 304 y 305.

pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de reproche, y el monto de las multas a imponer, el cual en cualquier caso, deberá atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁰².

No sobra advertir que el artículo 1 de la Ley 828 de 2003 impone que las entidades incluyan en sus negocios una obligación en cabeza del contratista relativa al cumplimiento de sus deberes frente al Sistema de Seguridad Social Integral. La inobservancia de esta prestación es causal de imposición de multas sucesivas. Ahora bien, si el incumplimiento persiste por cuatro meses, la Administración dará aplicación a la caducidad, en los términos de la Ley 80.

De ahí que en ese preciso evento las multas sean una estipulación de la naturaleza de los contratos, como quiera que, las diferentes entidades estatales están habilitadas para imponerlas a los colaboradores de la Administración que incumplan con sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que se requiera de cláusula especial.

b) Medida coercitiva provisional

Las multas que las diferentes entidades estatales pueden imponerle al colaborador de la Administración tienen una finalidad específica, inducir al cumplimiento del contrato. Por ello, se incluyen dentro de las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a las definitivas, como la caducidad. Ya que lo que con ellas se sanciona son incumplimientos parciales salvables los cuales no imposibilitan la ejecución de las prestaciones surgidas con ocasión del acuerdo de voluntades¹⁰³.

Valga señalar que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido, esto es, la ejecución del objeto contractual, la Administración podrá terminarlo unilateralmente vía caducidad, en especial, cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista sea de tal magnitud que hace imposible la ejecución del contrato¹⁰⁴.

c) Procedencia

La Ley 1150 de 2007 establece que las multas proceden únicamente *mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista* (artículo 17).

¹⁰² Véase la Sentencia del C. de E. Sección Tercera de 15 de noviembre de 2011, expediente 20916. M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. No sobra indicar que sobre este punto se hará una disertación más profunda en la sección 2.3.2 de este trabajo de grado.

¹⁰³ Véase la Sentencia del 1 de octubre de 1992 del C. de E. Sección Tercera, expediente 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁰⁴ Véase la Sentencia del 21 de febrero de 1986 del C. de E. Sección Tercera, expediente 4550, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

La fórmula utilizada por la ley *mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones* ha generado cierto debate, ya que para algunos autores, como el profesor PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL¹⁰⁵, la multa procede aun cuando haya vencido el término contractual, pues la misma recae sobre el objeto del contrato y no sobre el plazo. De acuerdo con lo anterior, mientras haya ejecución de obligaciones la entidad está facultada para imponer la sanción.

Pese a ello, ni la jurisprudencia ni la doctrina han llegado al lugar común de sostener la referida posición¹⁰⁶. A mi juicio, la multa al ser una medida coercitiva provisional resulta procedente cuando la ejecución oportuna¹⁰⁷ de las obligaciones puede tener lugar y no frente a un contrato incumplido (ver 2.1.2 f).

De igual modo, la expresión arriba citada ha generado dos interpretaciones ya no relacionadas con el momento en que procede la imposición de la sanción, esto es, si resulta viable durante el período de ejecución o hasta el de liquidación; sino relativa a si la multa procede o no pese al cumplimiento de la obligación que originó la actuación¹⁰⁸. Así, algunos consideran que la Administración pierde competencia para hacer efectiva la medida si el contratista satisface la prestación de la cual se predica la mora; al paso que otros afirman que el legislador dispuso que la pena procedía mientras se encuentre pendiente *la ejecución de las obligaciones*, esto es, mientras esté vigente el plazo contractual¹⁰⁹.

Sobre el particular, es preciso indicar que, en mi opinión, la cláusula de multas procede incluso cuando el colaborador de la Administración ha ejecutado las prestaciones que dieron origen al inicio del procedimiento, pues la ley no limita la imposición de la medida

¹⁰⁵ En: “*La contratación de las entidades estatales*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2010. Pág. 459 a 462.

¹⁰⁶ Si bien es cierto que en determinadas providencias, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha habilitado a la Administración para que haga uso de las potestades excepcionales hasta antes de la liquidación del contrato (Sentencias del 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, M.P. Ricardo Hoyos Duque y del 13 de diciembre de 2001, expediente 19443, M.P. Germán Rodríguez Villamizar) esta posición jurisprudencial ha sido variado, y se ha precisado que las mismas sólo pueden tener lugar durante el plazo de ejecución (providencias del 14 de diciembre de 1993, expediente 5859. M.P. Daniel Suárez Hernández; del 28 de mayo de 1987, expediente 4768. M.P. Julio César Uribe Acosta; del 18 de julio de 1997, expediente 10703. M.P. Juan de Dios Montes Hernández; del 4 de junio de 1998, expediente 13988, M.P. Ricardo Hoyos Duque, y del 7 de octubre de 2009, expediente 17936. M.P. Ruth Stella Correa Palacio). Cabe advertir que en reciente sentencia se ha reiterado la tensión que existe en torno a este punto, ya que en providencia del 13 de febrero de 2015, expediente 26938, M.P. Olga Mélida Valle, la Sección Tercera sostuvo que la multa procede mientras haya ejecución de obligaciones sin importar si el plazo está o no vigente.

¹⁰⁷ Se dice oportuna, refiriéndose a que el cumplimiento tenga lugar dentro del plazo de ejecución de las obligaciones contractuales.

¹⁰⁸ Controversia que aumentó con lo dispuesto en el último inciso del artículo 86 de la Ley 1474: [I]a entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

¹⁰⁹ Sobre el particular véase Urueta Rojas, Juan Manuel. “*El contrato de concesión de obras públicas*”. Edit. Ibáñez. Segunda edición. Bogotá. 2010. Pág. 316 y 317.

en ese sentido, ni habilita al particular para que juegue con las potestades sancionatorias en cabeza de las diferentes entidades estatales¹¹⁰.

d) Cuantía de la multa¹¹¹

El monto de la multa impuesta debe ser proporcional al valor del contrato¹¹² y al incumplimiento mismo¹¹³, de tal suerte que no resulten *irrazonables o inequitativas dentro del contexto general del negocio*¹¹⁴. Afirmación esta que, en mi sentir, tiene como fundamento la aplicación de aquel precepto del Derecho Administrativo que impone que el contenido de las decisiones discrecionales sea *adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa* (artículo 44 de la Ley 1437).

Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288, Consejero Ponente, Daniel Suárez Hernández, consideró que la facultad de multar a los contratistas del Estado debe ser *expresa, precisa, clara y limitada, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irracionales o inequitativos dentro del contexto general del negocio (...)* de serlo, el juez del contrato podrá *mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso*.

e) Obligación dineraria

La obligación que nace de la imposición de las multas en el marco de la contratación estatal es pecuniaria, ya que implica el pago de una suma de dinero, que es en todo caso, distinta y adicional a las prestaciones contractuales propiamente dichas. Por ende, el colaborador de la Administración, pese a ser multado, sigue sujeto a ejecutar el objeto del negocio celebrado.

Es del caso indicar que la Administración, en términos generales¹¹⁵, no está habilitada por la ley para recibir el valor de las multas impuestas en su equivalente en bienes y/o servicios. Ya que de aceptarse esa situación la imposición constituiría una verdadera adición al

¹¹⁰ Sobre este punto se hará un análisis más profundo en la propuesta que contiene este trabajo de grado.

¹¹¹ Véase la Sentencia del 13 de noviembre de 2008, del C. de E. Sección Tercera, expediente 17009, M.P. Enrique Gil Botero, en donde se reitera la aplicación del principio de proporcionalidad en el monto de la sanción. Igualmente, Escobar Gil, Rodrigo. *ob. cit.*, pág. 353 a 355.

¹¹² Véase el Concepto del 25 de noviembre de 1999 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 1237. M.P. César Hoyos Salazar.

¹¹³ Véase Herrera Barbosa. *ob. cit.*, pág. 304 y 305.

¹¹⁴ Véase la Sentencia del 21 de octubre de 1994 del C. de E. Sección Tercera, expediente 9288, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹¹⁵ Se dice en términos generales en la medida en que el artículo 17 de la Ley de infraestructura (Ley 1682 de 2013) faculta a las entidades estatales para recibir como pago de las multas impuestas servicios relacionados con el objeto del contrato.

contrato estatal, a la cual se le asignarían unos recursos –producto de las sanciones– al margen de la normatividad presupuestal; sumado a ello, se afectarían los procedimientos de selección de contratistas y los principios de transparencia y objetividad que rigen la contratación pública¹¹⁶. Dicho sea de paso, resultaría impropio que por el pago de las sanciones coercitivas provisionales, en especies diferentes del dinero, el colaborador de la Administración incrementara su experiencia y, en últimas, se beneficiara de las mismas.

f) Oportunidad para su imposición

La potestad sancionatoria de la Administración para imponer multas no constituye un poder ilimitado, sino por el contrario a uno sujeto a ciertos requisitos y restricciones, entre ellos, los fijados por la competencia en razón del tiempo. Ésta hace que las multas sean jurídicamente viables únicamente dentro del término contractual, esto es, cuando la ejecución de las obligaciones puede tener lugar y no frente a un negocio vencido.

No hay que olvidar que esta medida coercitiva provisional se edifica sobre la base de constreñir al colaborador de la Administración cuando la observancia de las prestaciones convencionales aún resulta posible¹¹⁷. Carece de sentido, en cualquier caso, el ejercicio de un poder sancionatorio que en nada incidirá en la satisfacción de las prestaciones a cargo del contratista, pues en esos eventos procederán mecanismos de acción de contenido reparatorio.

De otro lado, la doctrina ha considerado que las multas constituyen una forma de coerción que se ejerce sobre el contratista para que cumpla con las obligaciones que están a su cargo y, por consiguiente, cuando éste las ejecuta la finalidad de la medida desaparece y con ella la posibilidad de imponer la sanción¹¹⁸.

En relación con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹¹⁹ precisó que en razón de la finalidad apremiante de las multas en los contratos estatales resultaba inherente a su naturaleza que ésta fuera impuesta antes de que el contratista ejecutara sus obligaciones, pues es en ese instante en donde la sanción tiene razón de ser en la medida en que aún sirve como mecanismo de presión o coerción.

¹¹⁶ En la medida en que la adquisición de bienes y servicios por el Estado se encuentra reglada. Al respecto véase el Concepto del 29 de noviembre de 2010 del C. de E. Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 2040, M.P. William Zambrano Cetina.

¹¹⁷ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, del 14 de diciembre de 1993, expediente 5859. M.P. Daniel Suárez Hernández; del 28 de mayo de 1987, expediente 4768. M.P. Julio César Uribe Acosta; del 4 de junio de 1998, expediente 13988, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹⁸ Véase Palacio Hincapié, Juan Ángel. *ob. cit.*, pág. 453.

¹¹⁹ En Sentencia del 5 de septiembre de 1996, expediente 10265, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Se debe advertir que, a mi juicio, esta posición no es ni acertada ni conveniente por las razones que por orden metodológico se expondrán en capítulo 3 de este trabajo de grado, ya que sustentan la propuesta que en éste se hace.

2.1.3 Procedimiento actual para su imposición

El procedimiento actual para la imposición de multas está consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, según el cual se deberán seguir las siguientes etapas:

Primero. Evidenciado el incumplimiento, la entidad procederá a citar al contratista y a su garante a audiencia con la indicación expresa y detallada de los hechos que soportan la sanción, las pruebas, las cláusulas o normas violadas y las posibles consecuencias que podrán derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

En definitiva, la intención del legislador es que toda controversia tanto sobre la ocurrencia del incumplimiento, como respecto de la imposición de las sanciones que se deriven de este, se discutan en audiencia¹²⁰. Ahora bien, la citación comporta, en últimas, un pliego de cargos, el cual constituye una *imputación que hace la Administración al contribuyente, la cual debe ser conocida por éste para ejercer su derecho de defensa. De manera coherente, la sanción debe imponerse por los mismos hechos planteados en el pliego de cargos, pues si se sanciona por hechos distintos, se desconoce el debido proceso, dado que el administrado no tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa*¹²¹.

Por ello, la citación compone a la vez el marco de actuación de la Administración y un límite al ejercicio del poder sancionatorio, ya que la entidad estatal no podrá multar al contratista por hechos o incumplimientos diferentes a los consignados en el pliego de cargos. No sobra indicar que la citación debe tener lugar en un plazo anterior a la audiencia, que resulte razonable y suficiente para que el contratista pueda prepararse para la misma, piénsese, por ejemplo, en un término de entre cinco¹²² y diez¹²³ días dependiendo de la complejidad del asunto.

En relación con el aspecto probatorio, la citación debe ir acompañada con los informes del interventor o del supervisor, los cuales se erigen como la primera prueba de que dispone la

¹²⁰ Véase el informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado, en la Gaceta del Congreso de la República, Año XIX Número 784 del martes 19 de octubre de 2010, pág. 8.

¹²¹ Sentencia del C. de E. Sección Cuarta, del 30 de agosto de 2007, expediente 15542, M.P. Héctor Romero Díaz.

¹²² Término sugerido por Suárez Tamayo, David. “Cláusula de multas y penal pecuniaria”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2014. Pág. 165. Sustentado en que es el plazo que utiliza comúnmente la legislación colombiana en las notificaciones personales o en la citación de audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002).

¹²³ Cinco días menos que el fijado en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, relativo a los procedimientos administrativos sancionatorios.

Administración para acreditar los posibles incumplimientos. Esto no implica, en modo alguno, que la entidad se pueda abstener de acudir a otros medios que soporten la imputación, so pena de violar el derecho al debido proceso¹²⁴.

En cualquier caso, se deben acreditar los supuestos que permiten la imposición de la sanción, dentro de los cuales, deben estar, al menos, la prueba del incumplimiento contractual y la culpa del contratista¹²⁵. Al respecto, basta con anotar lo expuesto por la Corte Constitucional¹²⁶: *para imponer la sanción penal, disciplinaria o administrativa no basta con que el actor ejecute el comportamiento reprochable: es requisito sine qua non que la autoridad sancionatoria verifique las condiciones en que se produjo la falta y examine el grado de conocimiento y voluntad que intervinieron en la configuración del comportamiento.*

Segundo. Celebración de la audiencia. Inicia con la intervención del ordenador del gasto de la entidad contratante, quien leerá los antecedentes de la investigación, la enunciación de las normas o cláusulas incumplidas y las posibles consecuencias de tales conductas. Acto seguido, se concede el uso de la palabra al representante legal del colaborador de la Administración y al garante para que presenten sus descargos en desarrollo de lo cual podrán aportar o solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

Así las cosas, se debe indicar que es el representante legal de la entidad o su delegado quien tiene la competencia para adelantar la audiencia (artículo 11 de la Ley 80). No se puede olvidar que una de las garantías del debido proceso implica ser juzgado ante la autoridad embestida para tal fin¹²⁷. Igualmente, cabe advertir que si bien el artículo 86 de la Ley 1474 no contempla la intervención en la audiencia de los interventores o supervisores ni de los entes de control, bien pueden estos participar en la misma para cumplir con sus respectivas funciones. Lo que sí está vedado, en cualquier caso, es la intromisión de terceras personas que no pudieran verse afectados con la decisión.

¹²⁴ Véase la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, del 23 de junio de 2010, expediente 16367, M.P. Enrique Gil Botero.

¹²⁵ Sobre el particular no está de más señalar lo expuesto en la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, del 29 de agosto de 2012, expediente 21430, M.P. Enrique Gil Botero, en donde se afirmó que *en la responsabilidad contractual y por incumplimiento de obligaciones en general, la regla general es que solo se responde del dolo o de la culpa, pero esa regla puede ser desplazada por normas contrarias y por el pacto de las partes...*, concepto que refleja perfectamente que en cada caso –es decir, en cada actuación sancionatoria– se debe analizar si la culpa integra uno de los aspectos que se deben considerar en las actuaciones administrativas.

¹²⁶ Sentencia del 18 de julio de 2007, C-545, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹²⁷ Véase la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, del 23 de junio de 2010, expediente 16367, M.P. Enrique Gil Botero.

Tratándose de la intervención del contratista o de su representante, valga anotar que deberá presentar sus descargos en forma oral, en donde podrá discutir la legalidad del pliego de cargos así como la de las pruebas aportadas por la Administración. En el mismo sentido, en desarrollo de su derecho al debido proceso, está habilitado para aportar pruebas y solicitar el decreto y práctica de aquellas que no tenga en su poder.

Cuando decretadas las pruebas sea imposible practicarlas en la misma audiencia, la Administración podrá suspender la diligencia y fijar nueva fecha y hora para culminar el procedimiento administrativo sancionatorio. Igualmente, la entidad podrá adoptar tal decisión, de oficio o a solicitud de parte, cuando ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación.

Tercero. Adopción de la decisión. La entidad, mediante resolución debidamente motivada determinará si sanciona o no al contratista, en dicho acto administrativo se deberá consignar lo ocurrido en la audiencia.

Una vez practicadas y valoradas las pruebas dentro de la actuación administrativa, la entidad luego de registrar lo ocurrido durante el procedimiento adoptará, en forma motivada, una decisión respecto de la sanción.

La motivación de esta resolución implica que la entidad se pronuncie sobre todos y cada uno de los descargos del contratista y del garante. Asimismo, resulta necesario que la Administración individualice los hechos y las pruebas de éstos, así como que precise el mérito que se le asigna a cada una de ellas.

Se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que la motivación de la decisión constituye una de las garantías más importantes del debido proceso, en la medida que es ésta la que le permitirá al contratista y más tarde al juez, conocer los fundamentos de hecho y de derecho utilizados por la Administración para sancionar al particular.

Por último, la decisión se advertirá en estrado al contratista, quien deberá interponer y sustentar el recurso de reposición en la misma diligencia; al paso que la Administración estará obligada a resolverlo mediante resolución motivada que se notificará en la audiencia.

Cuarto. Terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionatorio

La Ley 1474 habilita a la Administración para que dé por terminado el procedimiento sancionatorio cuando por algún medio tenga conocimiento de la cesación del incumplimiento.

Así, el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción incluye una facultad discrecional en cabeza de la Administración al utilizar el verbo en forma potencial; lo que implica que una vez las entidades estatales tengan noticia de la cesación del incumplimiento pueden imponer la sanción o perdonarla, decisión que en todo caso deberá estar suficientemente motivada.

De lo enunciado se extrae con claridad que el contratista no tiene el derecho de exigir la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionatorio por el simple hecho de haber ejecutado las prestaciones que dieron origen al mismo, pues lo cierto es que se trata de una potestad de la entidad y no de una prerrogativa subjetiva en cabeza de su colaborador.

2.1.4 Efectos

a) Respecto de su cobro

Primeramente, se debe señalar que las diferentes entidades estatales tienen el deber de adelantar todas las gestiones para obtener el reconocimiento y cobro de las sanciones a que hubiere lugar, de conformidad con lo estatuido en el artículo 4 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

En efecto, la Administración está habilitada para hacer efectivas las multas impuestas durante la ejecución del contrato estatal, pudiendo acudir para ello a la compensación, a la efectividad de la garantía de cumplimiento y a la jurisdicción coactiva (artículos 17 Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 y 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015).

No está de más anotar que no resultaba necesaria la autorización legal hecha por la Ley 1150 de 2007, relativa a su cobro mediante compensación, ya que el artículo 1715 del Código Civil establece que esta forma de extinción de las obligaciones opera sólo por el ministerio de la ley y aun sin el conocimiento de los deudores.

Por otra parte, se debe señalar que el monto de la multa impuesta no ingresa al tesoro de la entidad contratante¹²⁸, como prescribía el artículo 73 del Decreto-Ley 222, sino a la Dirección del Tesoro Nacional, conforme a los artículos 15, 27 y 103 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, Decreto 111 de 1996¹²⁹.

¹²⁸ Siempre que sea del orden nacional, claro está; así, por ejemplo, en los eventos en que se trate de una entidad descentralizada territorialmente el monto de la multa impuesta sí ingresará a su presupuesto.

¹²⁹ Véase el Concepto del 25 de noviembre de 1999 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 1237. M.P. César Hoyos Salazar.

b) Publicación del acto sancionatorio

La multa constituye una sanción y como tal genera los efectos consignados en el artículo 31 de la Ley 80, según el cual: *la parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.*

Dicha información permanece publicada en el SECOP por un año de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015.

c) Inhabilidad surgida por su imposición

La Ley 1474 de 2011, además de fijar, en términos generales, el trámite que se debe surtir para multar a los colaboradores de la Administración cuando éstos incumplen con las obligaciones que tienen a su cargo; estatuye una consecuencia aplicable a aquellos contratistas a los que se les imponen varias multas y/o declaratorias de incumplimiento durante una misma vigencia fiscal.

En efecto, establece el artículo 90 del Estatuto Anticorrupción, que estarán inhabilitados¹³⁰ los contratistas a quienes se les impongan cinco o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos; igualmente, a quienes se les impongan dos multas y una declaratoria de incumplimiento, por una o varias entidades estatales, y finalmente, a los colaboradores de la Administración que sean objeto de declaratorias de incumplimiento en dos contratos; las tres hipótesis, requieren, en todo caso, que las medidas sean impuestas durante una misma vigencia fiscal.

La inhabilidad así surgida, se prolonga por tres años contados a partir de la inscripción de la última multa o declaratoria de incumplimiento. Por otro lado, dicha consecuencia extiende sus efectos a los socios de las sociedades de personas a los cuales se les haya declarado la inhabilidad, así como a las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a esa declaratoria.

Cabe indicar que el artículo 96 de la Ley 1474 de 2011 estatuyó un régimen de transición, ya que no se generarán inhabilidades sobrevinientes por la aplicación de las reglas contenidas en su cuerpo normativo respecto de los procedimientos contractuales que se

¹³⁰ No sobra indicar, que la inhabilidad no es una sanción, sino una falta de capacidad que surge como consecuencia del incumplimiento, que consiste en la prohibición para que el inhábil contrate con el Estado. Al respecto véase la el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 3 de marzo de 1999, expediente 1172, M.P. César Hoyos Salazar.

encuentren en curso antes de su entrada en vigencia, esto es, el 12 de julio de 2011, según el Diario Oficial 48.128.

2.2 MARCO NORMATIVO

La descripción analítica de la legislación diseñada para disciplinar los contratos de la Administración y su interpretación jurisprudencial será el hilo conductor de este apartado del escrito. Por ello, se realizará una breve aproximación sobre la reglamentación que de las multas han hecho los diferentes regímenes, desde el primer Estatuto de los contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas (Decreto Ley 150 de 1976), hasta las reglas que incluyó el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011); exponiendo, además, lo que en vigencia de cada uno de éstos cuerpos normativos ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.2.1 Decreto-Ley 150 de 1976

El Decreto-Ley 150 de 1976, por medio del cual se dictaron las normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, reguló durante su vigencia la cláusula de multas en sus artículos 47, 60, 61 y 62. De este régimen se debe destacar lo siguiente:

a) Cláusula obligatoria

La cláusula de multas se debía incluir en todo contrato celebrado por la Nación¹³¹, ya que el Decreto 150 de 1976 establecía que en el negocio, además de estipularse las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza, se debían incorporar forzosamente las relativas a la caducidad, garantías, multas, penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática (artículo 47).

b) Causales de aplicación, su cuantía y ejecución

La cláusula de multas se hacía efectiva cuando quiera que durante la ejecución del contrato se presentara, ora mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista ora un incumplimiento parcial¹³², eventos en los cuales la entidad mediante resolución motivada imponía la medida (artículo 60). Dicho acto administrativo se notificaba

¹³¹ Salvo en los contratos de empréstito, por disposición expresa del artículo 60.

¹³² La cláusula penal pecuniaria, por el contrario, se hacía efectiva cuando quiera que se declarara la caducidad del contrato o se presentara un incumplimiento. En cualquier caso, el monto pagado por el contratista en razón de la pena, se imputaba al valor de los perjuicios que recibía la entidad contratante (artículo 61).

personalmente a los interesados, quienes quedaban facultados para imponer el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes (artículo 51).

El monto de la multa debía ser directamente proporcional al valor del contrato y a los perjuicios que sufría la entidad contratante con ocasión de la mora o el incumplimiento parcial¹³³. Finalmente, el Decreto-Ley autorizaba que la entidad obtuviera el pago de la medida haciendo efectiva la garantía constituida por el contratista y, cuando esto no fuere posible, mediante jurisdicción coactiva. El valor de la multa ingresaba al tesoro de la entidad contratante (artículo 62).

2.2.2 Decreto-Ley 222 de 1983

El entonces Presidente de la República, Belisario Betancur, en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 19 de 1982, expidió el Decreto-ley 222 de 1983, el cual, además de derogar el Decreto-Ley 150 de 1976, fue el instrumento por medio del que se reguló la contratación de la Nación y de sus entidades descentralizadas durante la década comprendida entre el año de su promulgación y finales de 1993. Respecto de tratamiento que durante su vigencia se le dio a la cláusula de multas, se debe destacar lo siguiente:

a) Contratos administrativos y de derecho privado de la Administración

Durante su vigencia, se diferenció entre los contratos administrativos y los de derecho privado de la Administración¹³⁴, utilizando una lista de *númerus clausus*¹³⁵ para señalar los pertenecientes al primer grupo, dentro de los cuales se destacan los de concesión de servicios públicos, los de obra, los de prestación de servicios, los de suministro y los de empréstito. Siendo de derecho privado de la Administración los no enunciados, los cuales quedaron sujetos al régimen de derecho privado, salvo en lo concerniente a la caducidad (artículos 16 y 61).

¹³³ La proporcionalidad ceñida a los perjuicios, en mi opinión, fue un criterio desafortunado y antitécnico, ya que pareciera que la multa fuera una cláusula indemnizatoria cuando lo cierto es que su naturaleza es sancionatoria, de ahí que su monto deba ser razonable en atención al valor del contrato y del incumplimiento mas no de los perjuicios.

¹³⁴ *El único significado que puede atribuirse a la clasificación de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, consiste en que los primeros están disciplinados preponderantemente por el Derecho Público, al paso, que los segundos están regulados menos intensamente por ese Ordenamiento.* Escobar Gil, Rodrigo. *ob. cit.*, pág. 56.

¹³⁵ Véanse la Sentencia del 21 de octubre de 1994 del C. de E. Sección Tercera, expediente 9288. M.P: Daniel Suárez Hernández; y Dussán Hitscherich, Jorge. “*Elementos del contrato estatal*”. Edit. Universidad Tadeo Lozano. Bogotá 2005. Págs. 32 a 34.

b) Sobre la inclusión, cuantía, imposición, y ejecución de la multa

Lo primero que se debe resaltar es que la regulación que de las multas hizo el Decreto-Ley 222 de 1983 fue, esencialmente, idéntica a la que estaba consignada en el Decreto-Ley 150 de 1976. Por ello, la cláusula de multas era de aquellas que forzosamente se debían incluir en los contratos administrativos (artículo 60); su aplicación estaba supeditada a casos de mora o incumplimiento parcial; en lo relativo a su monto, éste debía ser proporcional al valor del contrato y a los perjuicios que sufría la entidad contratante¹³⁶, y su imposición se hacía mediante resolución motivada que debía ser notificada personalmente y contra la cual cabía el recurso de reposición (artículos 64 y 71).

La diferencia más relevante que estableció el Decreto-Ley 222 de 1983 con respecto al régimen dispuesto en el Decreto-Ley 150 de 1976, al menos en lo relativo a la cláusula de multas, es que la entidad quedó habilitada para obtenerlas directamente de los saldos a favor del contratista, situación que no contemplaba la anterior normatividad. Igualmente, la Administración podía valerse de la garantía constituida y, en cualquier caso, acudir a la jurisdicción coactiva.

c) Jurisprudencia

Antes que nada, se debe indicar que en lo relativo al régimen aplicable respecto de la cláusula de multas, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que en los contratos de derecho privado de la Administración esta medida coercitiva provisional debía sujetarse a lo dispuesto por la legislación civil y comercial, en donde el incumplimiento y la sanción que de él se derivaba, sólo podían ser decretadas por los jueces¹³⁷. Por consiguiente, no se estaba en presencia de un poder exorbitante en cabeza de la entidad pública contratante¹³⁸.

Por otro lado, tratándose de los contratos administrativos, la cláusula de multas fue calificada como una manifestación de los poderes exorbitantes¹³⁹ que tenía a su disposición la Administración, los cuales únicamente podían ser ejercidos durante la vigencia del

¹³⁶ Véase el comentario que sobre el particular se hizo en vigencia del Decreto-Ley 150 de 1976.

¹³⁷ Véase la Sentencia del 16 de noviembre de 1994 del C. de E. Sección Tercera, expediente 8449. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³⁸ Véanse el salvamento de voto del Dr. Juan de Dios Montes Hernández contenido en la Sentencia del 14 de diciembre de 1993 del C. de E. Sección Tercera, expediente 5859. M.P. Daniel Suárez Hernández; la Sentencia del 21 de octubre de 1994, del C. de E. Sección Tercera, expediente 9288. M.P. Daniel Suárez Hernández, y la Sentencia del 16 de diciembre de 1994, expediente 7879, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³⁹ Los cuales tenían como objetivo mirar la correcta ejecución del contrato. Igualmente, se incluían dentro de dicha categoría, la interpretación, modificación, terminación y liquidación unilateral y la caducidad. Véase, Sentencia del 21 de febrero de 1986 del C. de E. Sección Tercera, expediente 4550, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

contrato, esto es, hasta antes del vencimiento del plazo de ejecución de las obligaciones surgidas en virtud del acuerdo de voluntades¹⁴⁰.

Ahora bien, si durante la vigencia del contrato¹⁴¹ se presentaba mora o un incumplimiento parcial, que no hacía imposible su ejecución, la entidad podía imponer multas al contratista para conminarlo al cumplimiento. Empero, si ese incumplimiento era de mayor envergadura, la Administración estaba autorizada para terminarlo anticipadamente, exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, y para ordenar la liquidación del contrato¹⁴².

No sobra advertir que la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo consideró que durante el plazo de ejecución la declaratoria de incumplimiento solamente procedía para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato. Vencido este, ésta quedaba exclusivamente destinada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria¹⁴³. Razonamiento sustentado sobre la base de que la causación de la pena se daba bajo los supuestos de la declaratoria de caducidad o de un incumplimiento definitivo, es decir, de aquellas situaciones que ya no podían cesar porque finalizó el término de vigencia del acuerdo de voluntades¹⁴⁴.

2.2.3 Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a diferencia de los regímenes anteriores, no contiene disposición alguna sobre la cláusula de multas en lo relativo a su inclusión en el contrato, su monto, o respecto de la imposición de la medida. Dentro de su cuerpo normativo, únicamente se encuentran reglas sobre el deber de las entidades estatales de enviar semestralmente a la Cámara de Comercio la información acerca de las multas impuestas durante la ejecución de las prestaciones convencionales, con el fin de que consten en el registro único de proponentes (artículos 22 y 22.1).

¹⁴⁰ Véanse las Sentencias del 17 de septiembre de 1992, expediente 5465, M.P. Juan de Dios Montes; del 13 de agosto de 1987, expediente 4145, M.P. Antonio J. De Irisarri Restrepo; del 24 de septiembre de 1987 del C. de E. Sección Tercera, expediente 3129, M.P. Julio César Uribe Acosta, y el Concepto del 25 de mayo de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 1748. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁴¹ La imposición de la multa es viable exclusivamente dentro del plazo de ejecución de las obligaciones contractuales. Véase la Sentencia del 14 de diciembre de 1993 del C. de E. Sección Tercera, expediente 5859. M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁴² Véase la Sentencia del 29 de enero de 1988 del C. de E. Sección Tercera, expediente 3615, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, en donde, además, hubo una modificación de la jurisprudencia, ya que se habilitó a la Administración para declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo de ejecución y hasta antes de la liquidación, cuando ésta tuviera como objetivo hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

¹⁴³ Véase la Sentencia del 1 de octubre de 1992 del C. de E. Sección Tercera, expediente 6631, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁴⁴ Véase el auto del 28 de octubre de 2004, expediente 22261, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Esta ausencia de regulación fue explicada¹⁴⁵, generalmente, sobre la base de que una correcta técnica legislativa pugna por la estructuración de cuerpos normativos que no constituyan repeticiones innecesarias de leyes preexistentes. Por consiguiente, si en el régimen del Derecho Privado se encontraba todo lo relativo a la cláusula de multas, mal haría la Ley 80 de 1993 en reglamentar la materia, máxime cuando la legislación civil y mercantil resulta aplicable a los contratos estatales (artículo 13)¹⁴⁶.

a) Jurisprudencia

La mencionada omisión en la legislación propició el surgimiento de un debate respecto de la admisión o no de la cláusula de multas en los contratos estatales, así como de la posibilidad de su imposición por parte de la Administración por sí y ante sí. Discusión esta que atravesó por diferentes conclusiones en la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, las cuales serán expuestas a continuación.

Primero. Sobre su inclusión dentro del contrato

El tema central, tratándose de la inclusión de la cláusula de multas dentro de un contrato estatal, consiste en determinar si ante la ausencia de legislación el acuerdo entre las partes tiene validez como fuente de sanciones. La jurisprudencia del Consejo de Estado analizó este problema jurídico de la siguiente forma.

Son contratos de la Administración pública, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80, todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las diferentes entidades estatales, a los cuales se les aplica el derecho privado, salvo en las materias particularmente reguladas por el Estatuto (artículo 13). En consecuencia, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, estructuran el contenido del negocio y quedan obligadas a su ejecución (artículo 40 de la Ley 80)¹⁴⁷.

Por consiguiente, si las partes incorporan la cláusula de multas dentro de un contrato estatal, ésta será válida y vinculante, máxime cuando tal estipulación está plenamente permitida en la legislación civil (artículos 1592 y siguientes) y mercantil (artículo 867), por

¹⁴⁵ Véase Lamprea Rodríguez, Pedro. “*Contratos estatales*”. Edit. Temis. Bogotá. 2007. Págs. 377 y 378.

¹⁴⁶ Véase igualmente, la ponencia presentada durante el trámite del primer debate de la ley 80 ante el Senado y Cámara, citada en Bautista Möller, Pedro José. “*Licitaciones, contratos y sanciones*”. Edit. Doctrina y Ley. Bogotá. 1999. Pág. 331. Y, según la cual, *por no ser ajenas al ordenamiento común, las cláusulas de multa y la pena pecuniaria son excluidas de la categoría de excepcionales, pudiendo, por ende, las partes pactarlas en ejercicio de la libertad contractual que le es propia, o en cumplimiento de las condiciones generales previstas en los pliegos de condiciones.*

¹⁴⁷ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, de 4 de junio de 1998, expediente 13988. M.P. Ricardo Hoyos Duque; y del 20 de octubre de 2005, expediente 14579. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

lo que este pacto no comporta exorbitancia alguna. Razón esta que justifica al legislador quien, atinadamente, no las incluyó dentro del listado de cláusulas excepcionales (artículo 14 Ley 80 de 1993)¹⁴⁸.

De lo dicho se infiere, en suma, que las partes están autorizadas por la ley para que en ejercicio de su autonomía de la voluntad, determinen las conductas que dan lugar a imponer sanciones, así como sus correspondientes penas¹⁴⁹.

Segundo. Tratándose de su imposición¹⁵⁰

- Primer momento¹⁵¹

El legislador no incluyó en la Ley 80, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto-Ley 222 de 1983, la cláusula de multas dentro de las estipulaciones excepcionales (artículo 14), por ello, cuando se pretenda utilizar esta figura en los contratos estatales, deberá ser convenida por las partes. En cualquier caso, en los eventos en que se alegue la infracción de la conducta reprimida, la Administración carece de competencia para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente esta medida coercitiva provisional a sus colaboradores, pues en virtud del principio de igualdad absoluta entre las partes ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de sancionar por sí y ante sí a su cocontratante. De ahí que le corresponda al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y lo probado, determinar si se impone o no la medida.

Si bien esta posición jurisprudencial, a mi juicio, resultaba acertada dado el estado de la normatividad vigente para la época; es preciso advertir que el propósito sancionatorio-conminatorio, propio de la cláusula de multas, no tenía la virtualidad de materializarse si la medida sólo pudiera ser impuesta por el juez, lo cual tendría lugar mucho tiempo después del incumplimiento y, en ocasiones, de la terminación misma del contrato.

¹⁴⁸ Véase el Concepto del 25 de noviembre de 1999 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 1237. M.P. César Hoyos Salazar.

¹⁴⁹ Véase la Sentencia del C. de E. Sección tercera, del 23 de junio de 2010, expediente 16367. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵⁰ Paralelo al debate que supuso la imposición de las multas en el marco del contrato estatal, hasta antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, surgieron diferentes cuerpos normativos que habilitaron a la Administración para imponer unilateralmente esta medida coercitiva provisional, a saber: (i) El Código de Minas de 2001, artículos 115 y 287 y (ii) la ley 828 de 2003, por la cual se expiden normas para el control a la evasión del sistema de seguridad social.

¹⁵¹ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera del 20 de febrero de 1997, expediente 12669, M.P. Daniel Suárez Hernández; del 18 de julio de 1997, expediente 10703, M.P. Juan de Dios Montes Hernández; y del 21 de octubre de 1994, expediente 9288. M.P. Daniel Suárez Hernández.

- Cambio jurisprudencial¹⁵²

De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones de la función administrativa serán aplicables a la gestión contractual en tanto y en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Igualmente, el artículo 23 incluye dentro de los principios de la actividad contractual de las entidades estatales los particulares de derecho administrativo.

Por ello, y en aplicación del carácter ejecutivo¹⁵³ que como regla general otorgaba el artículo 64 del Decreto-Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos, las entidades tenían plena competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, las cuales debían estar limitadas a concretas y determinadas causales¹⁵⁴.

Ahora, si bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública guardó silencio respecto de la facultad de imponer multas, ésta se derivaba del poder de dirección y control en la ejecución del contrato que está en cabeza de la Administración (artículo 14). Igualmente, de lo dispuesto en el artículo 4º, que trata sobre los derechos y deberes de las entidades estatales, dentro de los cuales se las autoriza para que adelanten las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a que haya lugar como consecuencia de la actividad contractual.

Esto quiere decir que cuando las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, incluían dentro del contrato estatal la cláusula de multas, la entidad contratante quedaba facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral.

Tan amplia resultaba ser la esfera de intervención de la autonomía de la voluntad como fuente respecto de la estructuración de la cláusula de multas en el contrato estatal, que las partes válidamente podían predeterminar un procedimiento específico para la imposición de la medida, el cual resultaba ser de obligatorio cumplimiento. Ante la ausencia de pacto, la

¹⁵² Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, del 4 de junio de 1998, expediente 13988. M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 6 de agosto de 1998, expediente 14558. M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 11 de diciembre de 2002, expediente 22511, M.P. María Elena Giraldo Gómez; y del 13 de diciembre de 2001, expediente 19443, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁵³ La ejecutividad es un atributo de los actos administrativos, también denominado autotutela declarativa de la administración, que denota obligatoriedad, pues constituye el poder que posee la administración para hacer cumplir sus actos aún en contra de los administrados. Véase la T-382 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁴ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, del 4 de junio de 1998, expediente 13988. M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 20 de junio de 2002, expediente 19488 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

entidad contratante tenía la prerrogativa para decidir si se configuraba o no el incumplimiento unilateralmente¹⁵⁵.

- Segundo Cambio jurisprudencial¹⁵⁶

Las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos únicamente pueden ejercer las funciones que le han sido asignadas expresamente por la Constitución, la Ley o el reglamento (artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política de Colombia).

En materia de contratación estatal tal situación no es distinta, la Ley 80 de 1993 se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado, en donde la relación de éste con los particulares se enmarcó dentro de criterios de igualdad. Así, la Administración como garante de la prestación de los servicios públicos acuerda con el particular, quien ve una posibilidad de obtener beneficios económicos, para que sea éste un facilitador y colaborador en la consecución de los fines del Estado. Razón esta que justifica la inclusión del concepto de autonomía de la voluntad dentro del Estatuto Contractual (artículos 13, 32 y 40).

Estos criterios de igualdad conllevaron a que dentro del texto normativo de la Ley 80 se restringieran tanto las cláusulas excepcionales como su inclusión a determinados contratos, la cual puede resultar obligatoria o voluntaria según el caso (artículo 14). De cualquier forma, salta a la vista que el Estatuto no facultó a la Administración para pactar las multas como estipulaciones excepcionales al derecho común.

Por tanto, el Consejo de Estado calificó como prohibido que la entidad incluyera la cláusula de multas dentro del negocio como algo excepcional y las impusiera unilateralmente, ya que dicha facultad deviene de la Ley y, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de 1993, ésta fue derogada. Por ende, cuando quiera que conforme al derecho privado se pactara tal sanción y la Administración percibiera un incumplimiento, ésta debía acudir al juez a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente medida, pues la contratante carecía de competencia para hacerlo por sí y ante sí.

De lo dicho se infiere, en suma, que el privilegio de autotutela administrativa, esto es, la capacidad de la Administración para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva sin que se requiera de la intervención judicial, constituye una competencia

¹⁵⁵ Véase la Sentencia del 20 de junio de 2002 del C. de E. Sección Tercera, expediente 19488. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵⁶ Véanse las Sentencias del C. de E. Sección Tercera, del 20 de octubre de 2005, expediente 14579. M.P. Germán Rodríguez Villamizar; del 30 de julio de 2008, expediente, 21574. M.P. Enrique Gil Botero.

funcional que las diferentes entidades estatales no pueden adquirir por convención, pues un acuerdo en tal sentido se traduce, necesariamente, en la vulneración del principio de legalidad. Así las cosas, las partes podían incluir en sus contratos una sanción pecuniaria, pero no atribuir la facultad de imponerla unilateralmente¹⁵⁷.

Con respecto al argumento central en que se sustentaba la posición anterior, esto es, que la imposición de la sanción se derivaba a la aplicación del carácter ejecutivo de los actos administrativos, el Consejo de Estado consideró que la connotación de ejecución de éstos no relevaba a la entidad estatal de la aplicación del principio de legalidad. No se puede dejar de lado que la facultad de producir un acto administrativo en un Estado de Derecho no es arbitraria, sino que, en todo caso, requiere de habilitación legal, situación que no sucedía en lo relativo al régimen de las multas.

Por otro lado, tratándose de los demás argumentos, según los cuales, la facultad de imposición de las multas en cabeza de las entidades estatales se derivaba: del poder de dirección y control en la ejecución del contrato (artículo 14 de la Ley 80); del deber de adelantar gestiones para el reconocimiento y cobro de sanciones (artículo 4 ordinal 2 ibídem); y de las disposiciones relativas al registro único de proponentes (artículos 22 y 22.1 del Estatuto), la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que en un Estado de Derecho, en aplicación del principio de legalidad, las prerrogativas públicas no se pueden suponer, sino que deben tener un soporte normativo expreso. Por consiguiente, y ante la ausencia de habilitación, la Administración carecía de la facultad para hacer efectiva la medida unilateralmente.

- Tercer cambio jurisprudencial¹⁵⁸

A juicio del Consejo de Estado la Ley 80 de 1993 creó en la práctica dos tipos de contratos, aquellos que tienen cláusulas excepcionales y los que no admiten su inclusión dentro del negocio. Por ello, se debía analizar separadamente la intervención de la cláusula de multas en cada una de estas especies o modalidades de acuerdo.

Por un lado, en los contratos estatales que tienen cláusulas excepcionales, la facultad para hacer efectivas las multas estaba en cabeza de la Administración, quien mediante acto administrativo, y en ejercicio de las medidas de control e intervención estatuidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para aquellos eventos en que se abstuviera de terminar el contrato vía caducidad, podía exigir las unilateralmente. Esto quiere decir, que en el marco

¹⁵⁷ Al respecto véase la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, del 29 de agosto de 2012, expediente 23830. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁵⁸ Véase el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 25 de mayo de 2006, expediente 1748. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

de un proceso de caducidad la entidad podía abstenerse de declararla y en su lugar imponer una multa¹⁵⁹.

En los demás casos, esto es, en aquellos contratos en donde no es viable la inclusión de cláusulas excepcionales, la efectividad de las multas quedaba sujeta a que la entidad adelantara un proceso contractual ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En conclusión, cuando la cláusula penal intitulada como multa era exigible a partir del incumplimiento o mora del contratista, la Administración podía cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en la resolución en que se ejerza la potestad del mencionado artículo 18, bien sea adelantando un proceso contractual ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En todo caso, la entidad podía compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil (artículos 1714 y siguientes).

2.2.4 Ley 1150 de 2007

La Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos; dentro de su cuerpo normativo incluyó una regla relativa a la cláusula de multas que pretendió resolver los problemas antes mencionados.

Así, el artículo 17, relativo a la regulación del debido proceso en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, dispone que las entidades estatales, en ejercicio del deber de control y vigilancia sobre los contratos, tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

La decisión respecto de su imposición debe estar precedida de audiencia y sólo procede mientras se encuentre pendiente la ejecución de las prestaciones cargo de su colaborador. Asimismo, al igual que en los Decretos-Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983, la Administración quedó facultada para hacer efectiva la medida a través de la compensación, el cobro de la garantía y, en todo caso, acudir a la jurisdicción coactiva.

Finalmente, el párrafo del artículo en cuestión pareciere establecer una excepción a la regla general que proscribe los efectos retroactivos de la ley, pues permite que las facultades relativas a la imposición y efectividad de la medida se ejerzan en contratos celebrados con anterioridad a su expedición, en los que las partes, en ejercicio de la

¹⁵⁹ Situación que a mi juicio vulnera la legalidad en sí misma, pues: (i) si la Administración inicia un trámite para declarar la caducidad el contratista ejerce su derecho de defensa para contrarrestar esa declaración y no para evitar ser multado, por lo que éste resulta siendo objeto de una medida coercitiva respecto de la cual no ejerció las garantías del debido proceso; y (ii) el artículo 18 trata de medidas de control e intervención y la multa es una medida conminatoria, por lo que, en mi sentir, la entidad no estaba habilitada para imponerla.

autonomía de la voluntad, hubiesen previsto la competencia de las entidades contratantes para tales efectos.

a) Jurisprudencia¹⁶⁰

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 se resolvió la controversia que existía en torno a la imposición de la medida, pues se habilitó a las entidades para hacer efectiva unilateralmente la cláusula de multas que se hubiese incluido en el contrato estatal, para lo cual, bastaba que la Administración por medio de acto administrativo imponga la medida.

En todo caso, la decisión debe estar precedida de un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso, el cual fue calificado como un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

Por otro lado, se tiene que con la expedición y entrada en vigencia de esta ley, existe una combinación entre los principios de legalidad y de autonomía de la voluntad, pues mientras aquel exige que tanto la conducta reprochable como la sanción se fijen con anterioridad a la infracción; éste permite que sean las partes y no el legislador quienes definan qué eventos generan multas y cuáles son las penas que proceden para cada uno de ellos¹⁶¹.

Obsérvese que esta ley, en últimas, solamente determina de manera general los parámetros del procedimiento especial que la Administración debe adelantar para el cumplimiento de las funciones en dicha norma encomendadas. Ante esto, las entidades contratantes mediante actos administrativos de carácter general reglamentaron la ley, pues estructuraron un régimen aplicable relativo al trámite para la imposición de las multas. Resoluciones estas, consideradas como nulas por el Consejo de Estado, ya que, a su juicio, establecer procedimientos administrativos con efectos extra-orgánicos¹⁶² corresponde de forma exclusiva al legislador¹⁶³.

¹⁶⁰ Véanse las Sentencias del C. de E. Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, del 30 de julio de 2008, expediente 21574; y del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009; así como la del 29 de septiembre de 2011, expediente 19877. M.P. Mauricio Fajardo.

¹⁶¹ Sentencia del 13 de noviembre de 2008 del C. de E. Sección Tercera, expediente 17009, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶² Esto es, aquellos que regulan la relación entre la autoridad administrativa y el ciudadano. Véase la Sentencia del 21 de marzo de 2012 del C. de E. Sección Tercera, expediente 39477. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶³ Véase la Sentencia del 21 de marzo de 2012 del C. de E. Sección Tercera, expediente 39477. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Igualmente, revisar la Sentencia de la misma corporación del 14 de abril de 2010, expediente 36054, M.P. Enrique Gil Botero, en donde se interpretó el artículo 87 del derogado Decreto 2474 de 2008, en el sentido que autorizaba a las entidades a regular el trámite interno que se debe seguir para multar a los contratistas, más no para que dicha reglamentación tuviera efectos extra-orgánicos.

No es de extrañar, pues, que ante esa situación la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶⁴ precisara que el artículo 17 de la Ley 1150 no impone el agotamiento de un procedimiento administrativo propiamente dicho, ya que basta con realizar un requerimiento previo al colaborador de la Administración para informarle acerca de las faltas imputadas; que se agote una etapa probatoria, y que se le dé la oportunidad para que presente sus descargos.

Esta posición se sustentó sobre la base de que la realización del interés general impone una aplicación matizada de las garantías del debido proceso, dado que seguir unas reglas excesivamente ritualistas conllevaría a que los incumplimientos retrasen, en mayor grado, la obtención del objeto contractual.

Igualmente, no sobra señalar otra interpretación respecto de las condiciones de aplicación del artículo en análisis, según la cual la imposición de multas al no tener un procedimiento administrativo especial, requiere del cumplimiento de las disposiciones consagradas en la primera parte del Código Contencioso Administrativo relativas a la notificación de los actos administrativos, a las oportunidades de audiencia del afectado y a la solicitud y práctica de pruebas, entre otras.

De otra parte, en este cuerpo normativo se incluyó una habilitación retrospectiva para que la Administración imponga la medida, incluso en los negocios celebrados antes de su entrada en vigencia. Por ello, cuando un contrato contiene la cláusula de multas y expresamente se faculta a la entidad estatal para que haga efectiva la medida unilateralmente, ésta podrá hacerlo, siempre y cuando lo efectúe con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Las consecuencias derivadas de la Ley 1150 generaron controversia en la doctrina, pues, por un lado, la norma al entender la multa como un medio de control y vigilancia del Estado, puso a la Administración en el papel de controlador de un contrato y no como parte de él, afirma el profesor ABELA MALDONADO que más que un negocio lo que se constituye entre los intervinientes es una orden de ejecución de obligaciones¹⁶⁵.

Por otro lado, se consideró¹⁶⁶ que los efectos retroactivos incluidos en la norma violan el principio de irretroactividad de ley, ya que las facultades reconocidas en un cuerpo normativo expedido en 2007 se aplican a todo acuerdo celebrado bajo la vigencia de una reglamentación que no las consagraba y de una jurisprudencia que no las aceptaba.

¹⁶⁴ Véase la Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶⁵ Véase Abela Maldonado, Andrew. *ob.cit.*, pág. 176.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pág. 177 y Matallana Camacho, Ernesto. “*Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la ley 80 de 1993*”. Edit. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá. 2012. Pág. 923.

Sobre el particular, es menester precisar que el artículo en cuestión contiene, no un evento de retroactividad, sino uno de retrospectividad de la ley¹⁶⁷, esto quiere decir, que con ella no se pretenden afectar o regular derechos consolidados y, por consiguiente, la seguridad jurídica en sí misma, sino que pese a que dicha disposición normativa se refiere al pasado, en la medida en que se aplicará inmediatamente, incluso a contratos en curso, con ella no se vulnera ningún derecho adquirido. Ahora bien, esta situación, resulta ajustada a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual, las penas que se causen con ocasión a la actividad contractual, se aplicarán con arreglo a las disposiciones del momento de la infracción, esto es, del incumplimiento parcial o de la mora.

En cualquier caso, cabe indicar que en relación con la imposición de multas, habrá dos tipos de contratos, unos, en los cuales la Administración podrá hacerlo unilateralmente, incluso cuando la legislación vigente y su interpretación no lo permitían, y otros en donde, pese a celebrarse bajo unas mismas condiciones tanto temporales como de régimen aplicable que los primeros, no podrá hacerlo por sí y ante sí, por no haber previsto tal situación dentro del acuerdo, quedando la entidad obligada a acudir a la jurisdicción.

2.2.5 Ley 1474 de 2011

La Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en el capítulo destinado a la contratación estatal, después de ratificar la facultad para que las entidades contratantes declaren el incumplimiento, cuantifiquen los perjuicios e impongan las multas pactadas, regula su procedimiento en los siguientes términos (artículo 86):

- Evidenciado el posible incumplimiento de las obligaciones a cargo el contratista, la entidad lo citará para debatir lo ocurrido. La citación deberá incluir una mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente, enunciación de las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias de esta situación. Finalmente, deberá fijarse el lugar y la fecha y hora para la realización de la audiencia. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

¹⁶⁷ La diferencia fundamental consiste en que en la retrospectividad los actos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva ley se someten a la ley antigua, pues la ley nueva entra a regir los efectos posteriores. Al paso que, la retroactividad modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la ley anterior. Al respecto véanse las Sentencias de la Corte Constitucional del 1 de marzo de 2005, C-177, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; del 22 de febrero de 2011, T-110, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y del 13 de agosto de 1997, C-374, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 28 de octubre de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; y el Concepto del C. de E. Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 2157. M.P. Álvaro Namén Vargas. Igualmente, véase Rocha Ochoa, Cesáreo. *“Manual de Introducción al Derecho”*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006. Págs. 291 a 293.

- En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho y de derecho que motivan la actuación. Acto seguido, se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista y al garante, para que presenten sus descargos, en los cuales podrán aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.
- Surtido lo anterior, mediante resolución motivada que se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad decidirá sobre la imposición de la multa. Contra este acto administrativo, procederá el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia.
- El jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia de oficio o a petición de parte, cuando ello resulte preciso para allegar o practicar pruebas, igualmente, cuando por cualquier otra razón, debidamente sustentada, tal medida resulte necesaria para el correcto desarrollo de la actuación administrativa.
- En todo caso, la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento que fundamentó la actuación.

a) Jurisprudencia¹⁶⁸

La inclusión en el Estatuto Anticorrupción de una regulación destinada a determinar el trámite que necesariamente ha de agotarse para la imposición de las multas en los negocios estatales, tiene como causa la ausencia de un procedimiento expedito que permitiera apremiar al colaborador de la Administración. Por ello, a pesar del progreso hecho a ese respecto en la Ley 1150 de 2007, resultó necesario complementarla, con el propósito de dotar a las diferentes entidades de un procedimiento ágil, oral, de una audiencia, que permita sancionar a su contratista, el cual respete, en todo caso, el debido proceso.

De ahí que el legislador estableciera un procedimiento administrativo de carácter especial respecto de la imposición de multas dentro de la actividad contractual, en el cual se fijaron las bases legales para garantizar el derecho al debido proceso. Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, el contenido normativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 constituye un desarrollo parcial que no integral y, por ello, las deficiencias que se adviertan

¹⁶⁸ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, del 21 de marzo de 2012, expediente 39477. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; del 10 de octubre de 2013, expediente 2157. M.P. Álvaro Namén Vargas. Igualmente, véase el Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado, en la Gaceta del Congreso de la República, Año XIX Número 784 del martes 19 de octubre de 2010.

en su aplicación deberán ser llenadas en los términos del artículo 2 inciso 3 del CPACA, en lo pertinente.

Finalmente, se debe indicar que el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción no tendrá aplicación en los procedimientos sancionatorios en curso, pues a ellos se les aplicará ultractivamente la regulación contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007¹⁶⁹. Empero, sin lugar a dudas, el trámite de imposición de multas que se inicie con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 1474¹⁷⁰, se regirá en su totalidad por la nueva normatividad.

2.3 PROBLEMAS JURÍDICOS RECURRENTES

2.3.1 ¿Es la multa una cláusula excepcional?

Las cláusulas excepcionales están *originadas en la necesidad de dar satisfacción al prioritario interés general o colectivo, que no es otro que posibilitar que el Estado lleve a feliz término sus proyectos, mediante el uso de medidas extremas que van desde la finalización anticipada del acuerdo, aparejada de sanciones específicas, hasta la aplicación del principio de la “mutabilidad de las relaciones contractuales”*¹⁷¹.

La naturaleza de lo excepcional no se determina de manera independiente o aislada, este carácter se adquiere una vez se realiza una comparación con algo calificado como normal u ordinario. Por ello, para establecer si la cláusula de multas se encuentra subsumida dentro de las, antes denominadas, facultades exorbitantes, se requiere de una confrontación de las capacidades de que dispone la Administración en el contrato estatal con las que tendría un particular en el contexto de un negocio celebrado bajo el régimen del derecho privado¹⁷².

Incluida la cláusula de multas en el contrato estatal la Administración queda habilitada para verificar la ocurrencia del incumplimiento, confirmado éste puede, en ejercicio de los privilegios de decisión y ejecución previas, mediante acto administrativo, declarar la existencia del incumplimiento e imponer la correspondiente medida. Situación diferente, tiene lugar cuando el acuerdo de voluntades surge entre particulares, ya que en ese escenario, como regla general¹⁷³, se deberá acudir al juez del contrato para que declare el incumplimiento e imponga la correspondiente sanción.

¹⁶⁹ Concepto del C. de E. Sala de Servicio y Consulta Civil, del 10 de octubre de 2013, expediente 2157. M.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁷⁰ Según el Diario Oficial No. 48.128.

¹⁷¹ Palacio Jaramillo, María Teresa. *ob. cit.*, pág. 75.

¹⁷² Véase la Sentencia del 30 de julio de 2008 del C. de E. Sección Tercera, expediente 21574. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷³ En efecto, podrán haber ciertos escenarios hipotéticos como por ejemplo en los contratos de fiducia inmobiliaria donde se va abonando una suma mensual y si se presenta un atraso habrá lugar a una multa cuyo

El profesor RAMIRO BORJA ÁVILA¹⁷⁴, considera que siendo legítimo incluir la cláusula de multas en el derecho privado, ésta por su propia naturaleza no podrá ser calificada como excepcional. Cosa diferente es que su funcionamiento resulte distinto cuando las partes del negocio son particulares, a cuando uno de los intervinientes en el mismo sea una entidad estatal. En el primer caso, en razón de la igualdad imperante entre los privados, se deberá acudir al juez para que sea este quien, de ser procedente, declare el incumplimiento e imponga la multa. Tratándose del segundo evento, la Administración podrá declarar el incumplimiento y hacer efectiva la medida, pues el Estado, en materia de contratación, tiene unos atributos que lo sitúan en un plano de superioridad jurídica respecto del contratista.

En relación con este asunto considero que si bien es cierto que las multas están previstas en el derecho privado su operatividad en los contratos estatales excede lo dispuesto en el régimen común no sólo, porque únicamente se pactan a favor de la Administración, sino dado que las diferentes entidades estatales están habilitadas para imponerlas unilateralmente y hacerlas efectivas por sí y ante sí; característica esta que ha sido identificada tanto por la doctrina¹⁷⁵ como por la jurisprudencia¹⁷⁶, como un de las más significativas a la hora de determinar la exorbitancia o excepcionalidad de una estipulación contractual.

Sin embargo, la no inclusión por parte del legislador de esta estipulación dentro del listado de cláusulas excepcionales, contenido en el artículo 14 de la Ley 80, además de significar que su consagración en el contrato tiene como causa la autonomía de la voluntad que no la ley (característica antagónica si se compara con lo que sucede con las estipulaciones excepcionales¹⁷⁷); impide que pueda calificarse a las multas como una expresión de los poderes exorbitantes de la Administración.

monto es descontado de lo pagado, es decir, eventos particulares donde una parte por su “poder” tiene la facultad de retener y deducir la multa que impone. Así, el cocontratante se ve obligado a demandar para que el juez del contrato se pronuncie sobre el particular.

¹⁷⁴ “*Estudios jurídicos sobre la contratación estatal*”. Edit. Ibáñez. Bogotá. 2009. Págs. 142 a 144.

¹⁷⁵ Véase Palacio Jaramillo, María Teresa. *ob. cit.*, pág. 75. Quien sobre el particular considera que *las cláusulas excepcionales o exorbitantes derivan su fuerza vinculante, sin duda, no del contrato o del pacto, sino del ordenamiento jurídico mismo, dada la circunstancia fundamental que confieren jurisdicción y competencia al titular de las mismas frente al contratista para actuar por sí y ante sí en sede administrativa y para ciertos contratos, a través de su imposición mediante acto administrativo ejecutivo y ejecutorio.*

¹⁷⁶ Véase la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, del 18 de julio de 1997, expediente 10703, M.P. Juan de Dios Montes Hernández; y el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de octubre de 2013, expediente 2150. M.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁷⁷ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional C-1436 del 25 de octubre del 2000. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra. En donde se precisa que los poderes exorbitantes *no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.* Igualmente la Sentencia del C. de E. Sección Tercera, expediente 30832, M.P. Alier Eduardo Hernández.

Empero, si se asume que la cláusula de multas es excepcional, surge como efecto una limitación que impediría que la Administración utilizara esta medida coercitiva provisional en aquellos contratos en donde expresamente está prohibido pactar prerrogativas exorbitantes, tales como los de empréstito, donación, arrendamiento; en los interadministrativos, en los de seguros tomados por las entidades, etc. (artículo 14 de la Ley 80). Situación que, en la práctica, generaría consecuencias adversas a las buscadas para calificarlas como excepcionales, pues las entidades no podrían acudir al instrumento más apropiado y directo para afrontar la inobservancia del contratista en la ejecución del negocio.

Bajo las anteriores premisas y en este estado del análisis, se debe concluir que la cláusula de multas se erige como una nueva *tipología* de estipulación contractual, ya que sin ser excepcional –no sólo porque su inclusión en el contrato no tiene como fundamento el ordenamiento jurídico, sino dado que el legislador no las calificó como tal– resulta, en atención a lo dispuesto por la ley, de imposición unilateral¹⁷⁸. Conclusión esta que, en mi sentir, resulta la más apropiada jurídicamente y la más beneficiosa para la Administración.

2.3.2 El debido proceso en la imposición de las multas¹⁷⁹

La Corte Constitucional¹⁸⁰ ha manifestado reiteradamente que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia extiende sus efectos a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Tratándose de las últimas, el derecho al debido proceso tiene como objetivo limitarlas de tal forma que éstas no dependan del arbitrio de la Administración, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos legales¹⁸¹.

En efecto, la potestad sancionatoria de la Administración deba ceñirse a las garantías del debido proceso, pues toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a

¹⁷⁸ Es preciso indicar que la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 21574. M.P. Enrique Gil Botero. Calificó a la cláusula de multas como excepcional a derecho común, basándose en que si bien la imposición unilateral no implica por sí sola que una estipulación se considere excepcional; esta facultad, sumada a que su materialización en el contrato tiene de suyo la concreción de una prerrogativa pública, sí permite concluir, sin lugar a dudas, que las multas son un ejemplo de las prerrogativas exorbitantes de la Administración. Ahora bien, en alusión al punto de que la Ley no define a las multas como excepcionales, en la Sentencia se considera que de la Ley 1150 de 2007, se deriva de manera inequívoca esa naturaleza.

¹⁷⁹ Véanse las providencias del C. de E. Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, del 23 de junio de 2010, expediente 16367, Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 20917; Sentencia del 26 de julio de 2011, expediente 21318; y del 5 de abril de 2001, expediente 18301, M.P. Jesús María Carrillo.

¹⁸⁰ Véanse las Sentencias T-145 del 21 de abril de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-490 del 13 de agosto de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸¹ Véanse: la Sentencia del 21 de marzo de 2012 del C. de E. Sección Tercera, expediente 39477. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y las Sentencias de la Corte Constitucional SU-620 de 1996 y T-249 de 2011.

cabo un procedimiento mínimo que las incluya; así pues, no basta con que las decisiones adoptadas estén debidamente motivadas y sean oportunamente notificadas¹⁸².

Las garantías que en términos generales envuelve el debido proceso en lo relativo al ejercicio de la función administrativa, son¹⁸³: (i) el derecho de audiencia, el cual obliga al funcionario competente a oír al particular antes de tomar una decisión; (ii) derecho de contradicción, el cual le reconoce al administrado la posibilidad de presentar, solicitar y controvertir pruebas; (iii) la aplicación de un procedimiento regido por plazos razonables; (iv) la imparcialidad, autonomía e independencia en cabeza del funcionario que debe adoptar una decisión; (v) la presunción de inocencia, y (vi) la posibilidad de solicitar ante la Administración que revoque, modifique o aclare su decisión.

Sentado esto, el debido proceso, estudiado como principio rector¹⁸⁴ en el marco de la contratación estatal y, particularmente, en lo relativo a la imposición de las multas, implica que además de otorgársele al contratista la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y la posibilidad para aportar y controvertir pruebas, el particular debe tener seguridad jurídica respecto de la autoridad que tiene la competencia para sancionarlo, así como del procedimiento que necesariamente ha de seguirse para hacer efectiva la medida. Ello, sin perjuicio del derecho a la preexistencia tanto de la falta como de la sanción.

Por esto, la jurisprudencia del Consejo de Estado estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación por parte de la entidad estatal que imputa cargos al contratista, en donde se indiquen los hechos que la originan, la sanción que podría imponerse y las pruebas que de ello tiene la Administración, a fin de darle oportunidad a su colaborador y al garante para que hagan valer su derecho de defensa¹⁸⁵.

Tan fuerte son las garantías que este derecho comporta en materia contractual que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que constituye una violación del derecho al debido proceso en cabeza del colaborador de la Administración cuando se le

¹⁸² Véase la Sentencia del 24 de septiembre de 1998 del C. de E. Sección Tercera, expediente 14821. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁸³ Véanse las providencias del 21 de marzo de 2012 del C. de E. Sección Tercera, expediente 39477. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de la Corte Constitucional, Sentencias C-788 de 2002, C-983 de 2010 y C-089 de 2011.

¹⁸⁴ Así calificado por el legislador en las actuaciones sancionatorias de naturaleza contractual (artículo 17 ley 1150 de 2007).

¹⁸⁵ Véase la Sentencia del 25 de julio de 2011 del C. de E. Sección Tercera, expediente 20273. M.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

impone una consecuencia equivocada a su incumplimiento, esto es, cuando se le declara la caducidad en los eventos en que en realidad procede la imposición de multas¹⁸⁶.

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que si bien la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia, parecieran respaldar la imposición de sanciones de plano en defensa del interés general, la prevalencia de los derechos fundamentales conlleva a que carezca de sustento constitucional el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios se imponga una medida con desconocimiento de las garantías del debido proceso¹⁸⁷.

Por último, es preciso indicar que tanto la Corte Constitucional¹⁸⁸ como el Consejo de Estado¹⁸⁹, han señalado que en materia sancionatoria la realización del interés general que involucra la ejecución del objeto contractual permite una aplicación matizada de las garantías del debido proceso. Así, por ejemplo, tratándose del principio de tipicidad, su materialización restringida implica que si bien el legislador debe señalar los elementos básicos para delimitar la prohibición, no le es exigible la definición de todos y cada uno de los aspectos de la falta, dado que ello corresponde a las partes del contrato.

2.3.3 Materialización conjunta de multas y de la declaratoria de incumplimiento

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición alguna que resuelva el problema que supone la materialización de las multas y la efectividad de la cláusula penal producto de la declaratoria de incumplimiento cuando tienen como causa un mismo hecho.

Pese a tal vacío, a mi juicio, al tratarse de dos figuras jurídicas distintas que cuentan con una naturaleza y una finalidad propia, es correcto afirmar que éstas pueden tener lugar simultáneamente. En suma, mientras la multa tiene una naturaleza sancionatoria que no reparatoria, pues *su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado*¹⁹⁰. Al paso que la declaratoria de incumplimiento tiene como finalidad hacer efectiva la cláusula penal, la

¹⁸⁶ Además del debido proceso, en la sentencia hay una aplicación del principio de proporcionalidad. Véase Sentencia del 19 de octubre de 2005 del C. de E. Sección Tercera, expediente 15011. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁸⁷ Véase la Sentencia T-145 del 21 de abril de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸⁸ En Sentencias T-145 del 21 de abril de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y la SU 1010, del 16 de octubre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸⁹ En Sentencias de la Sección Tercera del C. de E. del 23 de junio de 2010, expediente 16367. M.P. Enrique Gil Botero; y del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹⁰ Escobar Gil, Rodrigo. *ob. cit.*, pág. 368.

cual tiene una naturaleza indemnizatoria, ya que con ella se resarce el detrimento patrimonial causado por el incumplimiento imputable al colaborador de la Administración.

No sobra mencionar que algunos autores¹⁹¹ consideran que estas figuras jurídicas resultan incompatibles en su aplicación simultánea, pues el principio constitucional *non bis in idem* impide su materialización cuando tienen como causa un mismo hecho. Conclusión esta que, en mi sentir, es equívoca en la medida en que la realización de la estipulación de multas tiene un objetivo ulterior disímil al que tiene la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal.

2.4 DERECHO COMPARADO

2.4.1 Perú

El régimen de contratación estatal peruano no contó, sino hasta 1997 con un cuerpo normativo que regulara integralmente la materia, pues hasta la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –Ley No. 26850 la gestión contractual de la Administración estaba sujeta a una normatividad dispersa contenida en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas –RULCOP (aprobado mediante Decreto Supremo No. 034-50-VC), el Reglamento único de Adquisiciones –RUA (aprobado por medio del Decreto Supremo No. 065-85-VC) y la Ley No. 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su Reglamento general –REGAC, entre otros.

Ahora bien, la Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado, en adelante LCAE, se encargaba, primordialmente, de regular la etapa precontractual, de ahí que en su cuerpo normativo se encontraran esencialmente disposiciones relativas a las modalidades de selección de contratistas. Esta situación promovió que se realizaran modificaciones sobre la LCAE, materializadas fundamentalmente en las Leyes 27330 de 2000 y 28267 de 2004, por medio de las cuales se disciplinaron temas relacionados con las garantías, el Plan Anual de Contrataciones, se especificó el contenido de los principios rectores de la materia, y se incluyeron temas relacionados con las nuevas tecnologías con el objetivo de modernizar los procedimientos de selección y los mecanismos de compras públicas, etc.

Pese al señalado avance en el diseño de la reglamentación relativa a los contratos estatales, como consecuencia de la celebración del Acuerdo Comercial entre Perú y Estados Unidos de Norte América, se expidió la Ley 29157, por medio de la cual se delegó en el ejecutivo la facultad de legislar en materias relacionadas con la implementación del mencionado tratado. Producto de ello se expidió el Decreto Legislativo 1017 de 2008, a través del cual se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado –LCE-, la cual constituye, junto con su

¹⁹¹ Véase Lamprea Rodríguez, Pedro. *ob. cit.*, pág. 381.

Reglamento –RLCE (Decreto Supremo 184 de 2008), el marco jurídico que disciplina los negocios de la Administración.

La Ley de Contrataciones del Estado busca fijar normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en el marco de las contrataciones que celebre la Administración pública, de manera que éstas se realicen bajo las mejores condiciones de precio y calidad (artículo 2).

Respecto del tratamiento que reciben las multas en el marco jurídico que regula la contratación administrativa en Perú, es preciso señalar que la LCE estatuye que en el contrato se establecerán las penalidades que deberán aplicarse al contratista en casos de presentarse un incumplimiento injustificado en la ejecución de las obligaciones que tienen a su cargo (artículo 48).

Por su parte, el artículo 165 del RLCE, se erige como la piedra angular sobre la cual se edifican las multas en los contratos administrativos en Perú, en la medida que estatuye que en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente (subrayas ajenas del texto original).

Del artículo citado se deduce con toda claridad que durante la etapa de ejecución del acuerdo, al contratista que se encuentre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones se le impondrá, automáticamente¹⁹², una penalidad por cada día de retraso, hasta llegar a un monto máximo equivalente al 10% del valor del contrato o del ítem que debió ejecutarse. Cuando alcance dicho porcentaje la Administración podrá resolver el contrato por incumplimiento.¹⁹³

La penalidad así impuesta se podrá deducir de:

a) Pagos a cuenta

Por regla general los pagos que la Administración deba efectuar a favor del contratista por la ejecución del negocio se realizarán después del cumplimiento de la respectiva prestación. Pese a ello, las diferentes entidades podrán realizar pagos periódicos, siempre que estén fijados en las Bases –entiéndase pliegos de condiciones- y que el contratista los solicite presentado, en todo caso, la documentación que los justifique. Los montos así entregados tienen el carácter de pagos a cuenta (artículo 180 del RLCE).

b) Pago final o en la liquidación final

Los contratos de bienes y servicios culminan con la recepción de conformidad¹⁹⁴ de la última prestación pactada y su correspondiente pago¹⁹⁵. Por ende, se puede concluir, sin lugar a equívocos, que en este tipo de negocios no se requiera liquidación y, por consiguiente, las penalidades causadas se podrán deducir del pago final que la Administración deba efectuar (artículo 42 de la LCE).

Por otro lado, tratándose de los contratos de ejecución o consultoría de obras, el negocio culmina con la liquidación final y su correspondiente pago. No sobra indicar que la LCE (artículo 42) y el RLCE (artículos 179, 211 y 212) estatuyen una situación que no tiene su símil en Colombia, pues la liquidación del contrato tiene unas reglas bien particulares, las cuales se expondrán a continuación:

¹⁹² Si bien la penalidad opera automáticamente se debe recordar que la misma se impone siempre que el retraso sea injustificado. Es decir que el contratista tiene la oportunidad de ejercer las garantías propias del debido proceso, entre ellas el derecho de defensa.

¹⁹³ En los términos de los artículos 165 y 168 del RLCE.

¹⁹⁴ Establece el artículo 176 del RLCE, que la *conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.*

¹⁹⁵ El artículo 177 del RLCE, reitera esta regla, según la cual, la recepción de conformidad genera el derecho al pago del contratista. Una vez efectuado el mismo, culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación.

Primero. La liquidación debe ser elaborada y presentada por el contratista a la entidad, quedando ésta en la obligación de pronunciarse sobre la misma. En caso que la Administración no realice observaciones¹⁹⁶, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

Si la entidad formula observaciones deberá notificárselas al contratista, quien quedará en la obligación de pronunciarse sobre las mismas¹⁹⁷. En caso de no hacerlo, se entenderá por aprobada la liquidación con las observaciones realizadas por la entidad.

Si el contratista se pronuncia, y no acoge las observaciones realizadas por la entidad, deberá manifestárselo. Supuesto en el cual, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de la controversia a conciliación y/o arbitraje.

Segundo. Cuando el contratista no presente la liquidación del contrato dentro del plazo fijado en el RLCE, la entidad deberá efectuarla y notificarla. El contratista podrá formular observaciones sobre la misma¹⁹⁸. En el evento de no hacerlo, se entenderá por consentida la liquidación elaborada por la Administración.

Si el contratista realiza observaciones deberá notificárselas a la entidad, quien quedará en la obligación de pronunciarse al respecto. En caso de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En los eventos en que la entidad se pronuncie y no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestárselo. Caso en el cual, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de la controversia a conciliación y/o arbitraje.

Tercero. Finalmente, se debe señalar que toda discrepancia en relación con la liquidación, incluidas las relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve mediante conciliación y/o arbitraje.

c) Ejecución de las garantías:

Las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas son las de seriedad de la oferta, de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta (artículos 39 de la LCE y 156 del RLCE). Las penalidades causadas se podrán tomar de:

¹⁹⁶ Dentro de los 60 días siguientes a su recepción.

¹⁹⁷ Para lo cual contará con un término de 15 días contados a partir de la fecha de recepción.

¹⁹⁸ En cuyo caso tendrá el mismo plazo que la Entidad de haberse efectuado por el contratista la liquidación, esto es, 15 días.

c.1) La garantía de fiel cumplimiento del contrato

La garantía de fiel cumplimiento del contrato constituye un requisito indispensable para la suscripción del mismo. En efecto, el postor ganador deberá presentar a la entidad una garantía equivalente al 10% del monto inicial del contrato y con vigencia hasta la recepción de conformidad en los contratos de bienes y servicios, o hasta la liquidación en los eventos de ejecución y/o consultoría de obras (artículo 158 del RLCE).

c.2) La garantía por el monto diferencial de propuesta

Cuando quiera que la propuesta económica fuese inferior al valor referencial¹⁹⁹ en más del 10% para la contratación de servicios, o en más del 20% para la adquisición o suministro de bienes; para la suscripción del contrato, el oferente ganador deberá presentar una garantía equivalente al 25% de la diferencia existente entre el valor referencial y la propuesta económica, y tener vigencia hasta la recepción de conformidad (artículo 160 del RLCE).

Valga advertir que el RCLE también habilita a las partes para incluir en los contratos penalidades diferentes, siempre que sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, y hasta un monto equivalente al 10% del valor del contrato o del ítem que debió ejecutarse.

Para finalizar este apartado del escrito, vale la pena señalar que el 11 de julio de 2014 se publicó la Ley 30225 por medio de la cual se expidió una nueva Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, esta normatividad no se encuentra vigente, ya que entrará a regir, de conformidad con lo dispuesto en la octava disposición complementaria final, dentro de los siguientes 30 días calendarios contados a partir de la publicación de su reglamento, cosa que hasta la fecha no ha sucedido.

2.4.2 Ecuador

La contratación pública ecuatoriana tiene en la actualidad una gran importancia derivada de la trascendencia que tiene el Estado en la sociedad, pues éste se involucra en el tráfico jurídico para satisfacer diversos requerimientos de índole constitucional. Ahora bien, al igual que sucede en Colombia, las diferentes entidades que en ejercicio de funciones administrativas contratan con los particulares se reservan ciertas prerrogativas tales como terminar anticipada y unilateralmente el acuerdo, o declarar el incumplimiento y aplicar

¹⁹⁹ El valor referencial de contratación es determinado con base en un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, analizando los niveles de comercialización según las especificaciones técnicas del objeto del contrato (artículo 27 de la LCE).

sanciones; reservas que se justifican por la primacía del interés común sobre el individual²⁰⁰.

Para iniciar el análisis de la reglamentación ecuatoriana de los contratos administrativos en general, y del régimen de multas en particular, se debe hacer mención a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008, en adelante LOSNCP, la cual tiene como finalidad articular y armonizar las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de los contratos que celebren con recursos públicos. Igualmente, tiene el propósito de estructurar procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que permitan el ahorro de recursos y faciliten las labores de control de las entidades contratantes.

Sobre la cláusula de multas, es preciso indicar que de conformidad con lo estatuido en el artículo 71 de la LOSNCP de 2008, es una estipulación de forzosa inclusión en el contrato²⁰¹; cuya imposición tiene como causa el retardo en la ejecución de las obligaciones convencionales conforme al cronograma, así como por incumplimientos de las demás prestaciones a cargo del contratista; finalmente, su monto se determina en relación directa con el valor total del contrato, incluyendo el reajuste de precios que corresponda, y por cada día de retardo (regla que reitera el artículo 116 del Decreto Ejecutivo 1700 del 12 de mayo de 2009, Reglamentario de la LOSNCP).

En Oficio 16251 del 31 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado²⁰² manifestó que la finalidad de las sanciones pecuniarias es que el contratista corrija su conducta para no continuar recibiendo su imposición. Las multas, en suma, constituyen una advertencia, pero no sólo para el contratista, sino para la Administración, quien de persistir el incumplimiento deberá preparar alternativas más convenientes para lograr la satisfacción del interés público e institucional.

Tratándose de la imposición de las sanciones pecuniarias, entre ellas la multa, es importante señalar que el ejercicio de dicha potestad pública está sujeta, en todos los casos, a la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad²⁰³, lo que implica que la Administración

²⁰⁰ Véase la Resolución No. 370-2012, de la Corte Nacional De Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo, del 1 de noviembre de 2012. Juez Ponente, Álvaro Ojeda Hidalgo.

²⁰¹ Al respecto véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 06452, del 9 de marzo de 2009.

²⁰² La Procuraduría General del Estado tiene la función de órgano consultivo y sus opiniones son obligatorias para la Administración Pública en los términos de los artículos 2 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

²⁰³ Sobre el particular véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 16251, del 31 de agosto de 2010.

además de comprobar el hecho del incumplimiento, debe tener en consideración los argumentos y pruebas que presente el contratista²⁰⁴.

Por otro lado, respecto de la realización material de la medida, se debe indicar que las diferentes entidades contratantes podrán hacer efectivas las multas impuestas con cargo a la garantía de fiel cumplimiento, la cual se constituye por el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, para la seguridad del cumplimiento del mismo, por un monto que generalmente equivale al 5 % del valor del negocio (artículo 74 de la LOSNCP)²⁰⁵.

Igualmente, de conformidad con el artículo 125 del Reglamento General de la LOSNCP relativo a la liquidación del contrato, el valor de las multas impuestas por la Administración puede deducirse de los valores pendientes de pago²⁰⁶, es decir, ser objeto de compensación, previo acuerdo entre las partes, respecto de los montos en que sean recíprocamente deudores²⁰⁷.

Dentro de la LOSNCP se prevé que en los contratos administrativos se incluirán estipulaciones específicas relativas a las funciones y deberes de los administradores del contrato (artículo 70). En efecto, la entidad designará al administrador quien estará encargado de velar por el cabal y oportuno cumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas del negocio. Por ello, estará facultado para adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados para lo cual podrá imponer las multas y sanciones a que hubiere lugar (artículo 121 del Decreto Ejecutivo 1700 del 12 de mayo de 2009, Reglamentario de la LOSNCP)²⁰⁸.

Sobre las funciones del administrador tratándose de los contratos del obra, el Código de Normas de Control Interno, en su parte 408-17, establece que éste debe velar porque la obra se ejecute de acuerdo con lo planeado y programado para lo cual establecerá un sistema que evalúe el logro de los objetivos con el propósito de tomar acciones correctivas oportunas que permitan el desarrollo del proyecto. Estas labores podrán ser realizadas por la entidad

²⁰⁴ Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 12561, del 22 de octubre de 2004, publicado en el Registro Oficial del 10 de diciembre del mismo año. Igualmente, el Oficio de la Procuraduría General del Estado, del 19 de octubre de 2011, en donde se afirma que el valor de la multa debe ser proporcional con la falta que sancione. En el mismo sentido el Oficio de la Procuraduría General del Estado 09269, del 8 de agosto de 2012, en donde se precisa que el monto de la multa a imponer deberá ser proporcional al incumplimiento, por ende no se debe calcular con base en el valor total del contrato, cuando este contempla entregas parciales, sino con base en cada ítem individualmente considerado.

²⁰⁵ No sobra indicar que el artículo 94 de la LOSNCP no incluye una limitación al valor de las multas que se le pueden imponer al contratista. La única consecuencia que se deriva de superar el monto de la garantía de fiel cumplimiento, es que la entidad pueda terminar anticipada y unilateralmente el contrato. Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 01256, del 6 de abril de 2011.

²⁰⁶ Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 05179, del 25 de noviembre de 2011.

²⁰⁷ Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 01256, del 6 de abril de 2011.

²⁰⁸ Véanse los Oficios de la Procuraduría General del Estado 00400, del 11 de enero de 2011; y 04358, del 19 de octubre de 2011.

contratante, o por una empresa consultora que se encargará de administrar por delegación (parte 408-16).

Igualmente, respecto del contrato de obra, el artículo 12 del Decreto Ejecutivo 368 del 27 de junio de 2014, por medio del cual se expidieron las normas que deberán aplicar en materia de contratación pública de ejecución de obra a cargo del Servicio Nacional de Contratación de Obras; reitera la regla incluida en el artículo 71 de la LOSNCP, según la cual la cláusula de multas es de inclusión obligatoria en los negocios de obras que celebre la Administración.

Por otro lado, el artículo 94 de la LOSNCP incluye una situación que no tiene su similar en el régimen de contratación pública en Colombia, ya que faculta a las diferentes entidades contratantes para terminar anticipada y unilateralmente el negocio cuando quiera que el valor de las multas impuestas durante la etapa de ejecución supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

Sobre el particular, el Consejo Provincial de Pichincha consultó a la Procuraduría General del Estado acerca de la aplicación del artículo 104 de la Ley de Contratación Pública de 2001 (Ley que fue derogada por la LOSNCP) que contiene la regla que replica el artículo 94 de la LOSNCP relativa a la terminación anticipada y unilateral del contrato como consecuencia de que el valor de las multas impuestas superen el monto de la garantía de fiel cumplimiento. A lo cual, la Procuraduría General del Estado responde que dicha potestad es discrecional, pues *puede ocurrir que, a pesar de que el monto de las multas supere el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, no convenga a los intereses institucionales o nacionales dar por terminado unilateral y anticipadamente el respectivo contrato*²⁰⁹.

Finalmente, no sobra mencionar que el contratista en todo caso podrá impugnar la imposición de la sanción, bien en sede administrativa, bien en sede judicial o arbitral (artículo 71 de la LOSNCP). Sobre este punto es preciso aclarar que el arbitraje deberá ser en Derecho, ya que el artículo 190 de la Constitución Política de la República del Ecuador lo impone de esa forma²¹⁰.

De lo expuesto se colige que la cláusula de multas en el régimen de contratación pública ecuatoriano se erige como una estipulación de inclusión obligatoria (artículos 71 de la

²⁰⁹ Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 12561, del 22 de octubre de 2004, publicado en el Registro Oficial del 10 de diciembre del mismo año.

²¹⁰ Sobre ese punto véase la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 001-09-SIC-CC, del 13 de marzo de 2009. Juez Ponente, Roberto Brhunis Lemarie. En donde se precisa que las controversias que surjan en el marco de un contrato administrativo podrá someterse a arbitraje, el cual deberá ser, en todo caso, en derecho, pues así lo dispuso el constituyente en el artículo 190 de la Constitución.

LOSNCP y 12 del Decreto Ejecutivo 368 de 2014); cuya imposición unilateral tiene como causa el retardo en la ejecución de las obligaciones convencionales conforme al cronograma, así como por incumplimientos en las demás prestaciones a cargo del contratista; que la medida procede durante la etapa de ejecución del negocio²¹¹, y que cuando el valor de las multas causadas supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento la entidad podrá terminar anticipada y unilateralmente el negocio.

2.4.3 España

El régimen aplicable a los contratos administrativos en España, pese a contar con un cuerpo normativo en algún sentido integral, a saber, la Ley 30 de 2007²¹², estaba disperso en razón de la sucesión de reglas que lo han modificado, bien sea adicionando o suprimiendo contenidos. De ahí que la trigésima segunda disposición final de la Ley 2 de 2011 relativa a la economía sostenible, autorizara al Gobierno español para compilar la normatividad en un texto refundido que incluyera la totalidad de la reglamentación con rango de ley destinada a disciplinar la contratación del sector público.

Producto de tal autorización surgió el Real Decreto Legislativo 3 del 14 de noviembre de 2011, en adelante TRLCSP²¹³, el cual tiene como propósito garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad y transparencia de los procedimientos y de no discriminación e igualdad de trato entre los oferentes. Asimismo, se pretendió estructurar una normatividad enmarcada en la estabilidad presupuestaria, la eficiente utilización de fondos y el control del gasto (artículo 1 del TRLCSP).

Respecto del tratamiento que recibe la cláusula de multas en el TRLCSP, se debe partir por anotar que el artículo 212 se erige como la piedra angular de la materia, pues en él se fijan las siguientes reglas:

Para empezar, la disposición normativa en estudio señala que tanto en los pliegos como en el contrato se pueden prever penalidades aplicables en casos de cumplimientos defectuosos o en los eventos de inobservancia de los compromisos o condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen previsto²¹⁴. En cualquier caso las multas deberán ser

²¹¹ Véase el Oficio de la Procuraduría General del Estado 05179, del 25 de noviembre de 2011.

²¹² La aprobación de la LCSP de 2007, tiene como causa el cumplimiento de la obligación de los Estados comunitarios de ajustar su regulación destinada a disciplinar los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras públicas, así como los de suministro y de servicios, a la Directiva Comunitaria 18 del 31 de marzo de 2004. Ahora bien en la exposición de motivos de la LCSP, se estableció que además de trasponer las nuevas directrices comunitarias, en el texto de la Ley se incluyeron mejoras con el propósito de resolver los problemas que la aplicación de la LCAP supuso, según las reglas de la experiencia.

²¹³ Por sus siglas: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²¹⁴ Las condiciones especiales de ejecución del contrato son fijadas por la Administración y se refieren a consideraciones ambientales o sociales, tales como promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral y eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en temas laborales

proporcionales al incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10% del presupuesto del contrato²¹⁵.

Así, en los eventos en que el contratista, por causas que le sean imputables, hubiere incurrido en demora respecto del cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias equivalentes a 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato²¹⁶.

Cuando quiera que el monto de las penalidades impuestas por demora respecto del cumplimiento del plazo total alcance un múltiplo del 5% del precio del contrato, la Administración podrá proceder a su resolución o acordar su continuidad con imposición de nuevas penalidades. El órgano de contratación tendrá la misma facultad en los eventos de inobservancia de los plazos parciales, cuando así se haya fijado en el pliego²¹⁷ o cuando quiera que se pueda presumir, razonablemente, la imposibilidad de cumplir el plazo total²¹⁸.

Sobre este punto, es preciso señalar que en ocasiones podrán causarse penalidades tanto por la inobservancia de los plazos parciales, como por el incumplimiento del plazo total. Para lo cual habrán de distinguirse dos hipótesis. La primera, en donde tal situación, como ya se dijo, dependerá de lo establecido por la Administración en el pliego. Por el contrario, la segunda tendrá lugar cuando la medida sea impuesta porque se presume razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, caso en el cual la posibilidad de penalizar ambos eventos quedará sujeta a que se materialice el último incumplimiento²¹⁹.

(artículo 118 del TRLCSP). No sobra indicar que, en el cuerpo normativo del TRLCSP se incluyen algunos ejemplos, entre ellos, el dispuesto en el artículo 228 bis, relativo a la obligación del contratista de suministrar la información detallada del cumplimiento de los pagos a los subcontratistas involucrados en la ejecución del negocio.

²¹⁵ Al respecto véase la Resolución 093 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, del 5 de marzo de 2013.

²¹⁶ En este evento la penalidad tiene *una finalidad clara sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el retraso en el cumplimiento de los contratos*. Informe 6 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del 3 de junio de 2001, el cual, pese a referirse al artículo 95 del régimen anterior, tiene plena vigencia, pues el artículo 212 del TRLCSP replica dicha disposición –en el entendido de reiterar que la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la multa. Igualmente, véase la Resolución No. 520 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, del 14 de noviembre de 2013.

²¹⁷ De conformidad con el artículo 131 del TRLCSP, en los contratos de concesión de obra pública, en el pliego de cláusulas administrativas, se deberá incluir el régimen de penalidades. Igualmente, el artículo 249 incluye dentro de las prerrogativas de la administración concedente, la de imponer penalidades en casos de incumplimiento. Por su parte el artículo 136, relativo a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, establece que en el clausulado del contrato se deberá incluir las penalidades aplicables en caso de presentarse una inobservancia de las obligaciones del contrato.

²¹⁸ Sobre el particular revisar el Informe 6 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del 3 de junio de 2001, del cual, pese a expedirse en vigencia del anterior régimen, se pueden extrapolar argumentos que resultan vigentes en la actual normatividad.

²¹⁹ Al respecto véase el Informe 13 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del 7 de junio de 2004.

Por otro lado, cuando el contratista hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones que tiene a su cargo por causas que le sean imputables²²⁰, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades fijadas en el pliego.

Adicional a estas causales de imposición de penalidades, el TRLCSP habilita al órgano de contratación para incluir en el pliego penalidades distintas cuando quiera que en razón de las especiales características del negocio, tal situación se estime necesaria para su correcta ejecución.

No sobra indicar que tratándose de la oportunidad de imposición de la penalidad en los contratos de obra, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa²²¹ en el Informe 8 del 27 de septiembre de 2012, señaló que la misma resultaba procedente incluso con posterioridad a la recepción de las obras, pues este último constituye un acto formal que no supone la subsanación de los defectos que se hayan presentado durante la ejecución del contrato.

De lo dicho se infiere, en suma, que en los contratos de obra la imposición de penalidades no está restringida a la etapa de ejecución, sino que proceden incluso una vez recibido el contrato. En esos eventos, la Administración debe iniciar el procedimiento para imponer la medida dentro de los tres meses siguientes al día en que se produjo el incumplimiento (aplicación analógica del artículo 118.2 del TRLCSP)²²².

Finalmente, se debe señalar que, una vez impuestas las penalidades, la Administración puede hacerlas efectivas mediante deducciones realizadas sobre el pago que se deba efectuar al contratista. En los eventos en que esto no sea posible, se deberá acudir a las garantías que se hubiesen constituido²²³.

Sobre el particular, el artículo 99 del TRLCSP establece que en los eventos en que sobre la garantía se hagan efectivas las penalidades, el contratista quedará en la obligación de reponerla o ampliarla en la cuantía que corresponda dentro los 15 días siguientes a la ejecución. De no hacerlo, incurrirá en causal de resolución del contrato.

²²⁰ Sobre la imputación de las causales que permiten la imposición de multas véase el Informe 4 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del 12 de marzo de 2004.

²²¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es un órgano Consultivo de la Administración General del Estado en asuntos de contratación administrativa, en los términos del artículo 324 del TRLCSP y el Real Decreto 30/1991. Las opiniones de esta junta no son vinculantes.

²²² En estos eventos la penalidad adquiere un carácter sancionatorio, en la medida en que la finalidad apremiante al cumplimiento ha desaparecido.

²²³ El artículo 100 del TRLCSP incluye dentro de los amparos de la garantía, las penalidades impuestas al contratista.

CAPÍTULO 3: PROPUESTA

La Administración se involucra en el tráfico jurídico para satisfacer las necesidades de interés general que ha identificado en la etapa de planeación del negocio. Por consiguiente, la realización material de éstas está sujeta, en todo caso, al cabal cumplimiento del contratista, esto es, a la ejecución de sus obligaciones en la forma, tiempo y lugar convenidos.

Ante esa situación, no es de extrañar, pues, que el ordenamiento jurídico le atribuya a las diferentes entidades estatales un poder de dirección y control en la ejecución del negocio. Lo que le permite a la Administración hacer frente a los incumplimientos del contratista, bien terminando anticipadamente la relación convencional, bien acudiendo a las medidas coercitivas provisionales para conminarlo, inducirlo y apremiarlo hasta que la inobservancia de los dictados del contrato cese.

Así, la suma importancia de la eficacia alrededor de la realización material de la cláusula de multas se debe fundamentalmente a que la contratación estatal está íntimamente ligada con el interés general, con la satisfacción de las necesidades colectivas y con la prestación de servicios públicos. En vista de ello, la Administración no puede permitir que los incumplimientos retrasen o demoren la observancia de los dictados del negocio, lo que se presentaría en mayor grado si las medidas coercitivas provisionales no conllevan a la producción del resultado deseado.

Sobre este punto, es preciso advertir que la eficacia de las multas no puede ser medida con base en la acumulación de dinero producto de las sanciones impuestas, porque ese no es el objetivo de la medida y esas no son las intenciones de la Administración para involucrarse en el tráfico jurídico. Lo que se debe tener en cuenta es la materialización del cumplimiento de los dictados del contrato como consecuencia de la pena.

3.2.1 Primera aproximación

Durante la primera aproximación que se tuvo con el tema, hace ya varios años, la idea de que la multa no pudiera imponerse una vez el contratista hubiere cumplido con la prestación debida, incluso tardíamente, me generaba cierta reticencia con la figura, pues inicialmente pareciere que no constituía una medida adecuada ni idónea para lograr la observancia de los dictados convencionales.

Piénsese en el siguiente ejemplo: la entidad estatal A celebra un contrato de obra con un particular B, para que éste construya un corredor vial. B debe entregar hitos en determinadas fechas, entre ellas el 9 de mayo de 2015; sin embargo, el contratista se encuentra incumplido. A le inicia un procedimiento sancionatorio el cual, en razón de las

diferentes pruebas solicitadas y nulidades alegadas por B, se extiende por dos meses y medio. Llegado el 24 de julio de 2015 finalmente la entidad va a decidir sobre la imposición de la medida; empero, ese día B acredita estar cumplido, razón por la cual la Administración se abstiene de multarlo. Se debe advertir que B el 24 de julio ha ejecutado lo que debió tener listo el 9 de mayo, por lo que en realidad a la fecha sigue atrasado con el cronograma del proyecto.

La tesitura expuesta no resulta ajena a la realidad, el involucramiento de las garantías del debido proceso, o mejor aún el abuso que de ellas han hecho con el objetivo de extender el procedimiento sancionatorio, ha generado a la postre que la observancia de las prestaciones convencionales se dilate en tanto y en cuanto el contratista decida, utilizando para tal efecto la solicitud de pruebas que en ocasiones no son pertinentes, conducentes o útiles, o alegando un gran número de nulidades durante el trámite.

Se debe advertir que si bien el acatamiento de los preceptos del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política no está en discusión, so pretexto del respeto de sus garantías no puede diluirse la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el cual puede conllevar a la afectación del interés público que involucra el acuerdo de voluntades; así como tampoco debilitarse las facultades sancionatorias de la Administración, las cuales precisamente sirven para direccionar la conducta de éste hacia la observancia de las estipulaciones contractuales.

En este estado del análisis procede que se exponga la operatividad que ha tenido la imposición de las multas en determinados tipos de contratos celebrados por las siguientes entidades estatales:

a) Agencia Nacional de Infraestructura

Por medio del ejercicio de un derecho de petición²²⁴ se le preguntó a la ANI acerca de los procedimientos sancionatorios para multar a sus colaboradores, tomando como referencia los contratos de consultoría celebrados entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014.

La ANI, mediante documento con radicado No. 2015-701-010446-1, respondió que de los 36 contratos de consultoría suscritos durante el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014 no sólo no ha multado a sus contratistas, sino que no ha iniciado ningún procedimiento sancionatorio para tal efecto.

²²⁴ Con fecha del 28 de abril de 2015, radicado 2015-409-023884-2.

Ante esta situación, y asumiendo que dada la naturaleza del acuerdo y el impecable comportamiento de los contratistas la ANI no tuvo necesidad de iniciar trámite sancionatorio alguno; por medio del ejercicio de otro derecho de petición²²⁵ se le repitió la anterior pregunta, pero tomando como referencia los contratos de prestación de servicios celebrados durante el mismo período.

La entidad, por medio de documento con radicado No. 2015-701-014133-1, respondió que desde junio de 2012 hasta el 1 de junio de 2015, tampoco se había iniciado procedimiento sancionatorio alguno para multar a los contratistas. Al paso que remitió a la Vicepresidencia Administrativa y Financiera para obtener la información respecto del período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y junio de 2012. Dependencia que a través del documento con radicado No. 2015-402-014623-1 aseguró que no poseía la información requerida.

De lo dicho se concluye que del universo de contratos de consultoría celebrados entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014 y de la totalidad de los contratos de prestación de servicios celebrados entre junio de 2012 y junio de 2015, la ANI no ha iniciado procedimiento sancionatorio alguno²²⁶.

Por último, y dada la importancia que los contratos de concesión adquieren tratándose de la Agencia Nacional de Infraestructura, se cuestionó a la entidad, a través de derecho de petición²²⁷, sobre la operatividad de las multas en este tipo de negocios.

La Agencia mediante el documento con radicado No. 2015-701-0263221-1, respondió que desde su creación²²⁸ y hasta el 5 de noviembre de 2015, tan sólo había iniciado un proceso sancionatorio, el cual se encontraba en trámite desde el 16 de julio de 2015. Eso quiere decir que la entidad ha tardado más de tres meses y medio en tomar una decisión en torno al presunto incumplimiento en que incurrió la Concesionaria Vial Colombia S.A.S. en el marco del Contrato de Concesión No. 517 de 2013.

b) Instituto de Desarrollo Urbano

A través del ejercicio del derecho de petición²²⁹ se le preguntó al IDU acerca de los procedimientos sancionatorios para multar a sus colaboradores, tomando como referencia los contratos de obra suscritos entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014.

²²⁵ Con fecha del 26 de mayo de 2015, radicado 2015-409-030557-2.

²²⁶ Véanse los Anexos de este trabajo de grado en donde reposan los derechos de petición radicados y sus respuestas.

²²⁷ Con fecha del 16 de octubre de 2015, radicado 2015-409-067170-2.

²²⁸ Esto es, desde el 3 de noviembre de 2011 fecha de publicación del Decreto 4165, por medio del cual se crea dicha Entidad.

²²⁹ Con fecha del 28 de abril de 2015, radicado 2015-5260645882.

El IDU, mediante documento con radicado No. 2015-4350851991, remitió la información que se consigna en las siguientes gráficas para facilitar su entendimiento.



El IDU celebró, entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2014, 107 contratos de obra de los cuales en 27 se inició un procedimiento sancionatorio, de éstos el 55 % se cerraron antes de la imposición de la medida²³⁰; el 15 % a la fecha están en curso, y tan sólo el 30 % de los trámites sancionatorios culminaron con la imposición de la multa.



Ahora bien, de los 27 procedimientos sancionatorios iniciados, únicamente 8 culminaron con la imposición de la medida, es decir, un porcentaje del 29,6 %; al paso que los trámites

²³⁰ De conformidad con el oficio 2015-435194671, la razón que justificó el cierre del 55% de los procedimientos sancionatorios iniciados fue el cumplimiento del contratista durante su trámite.

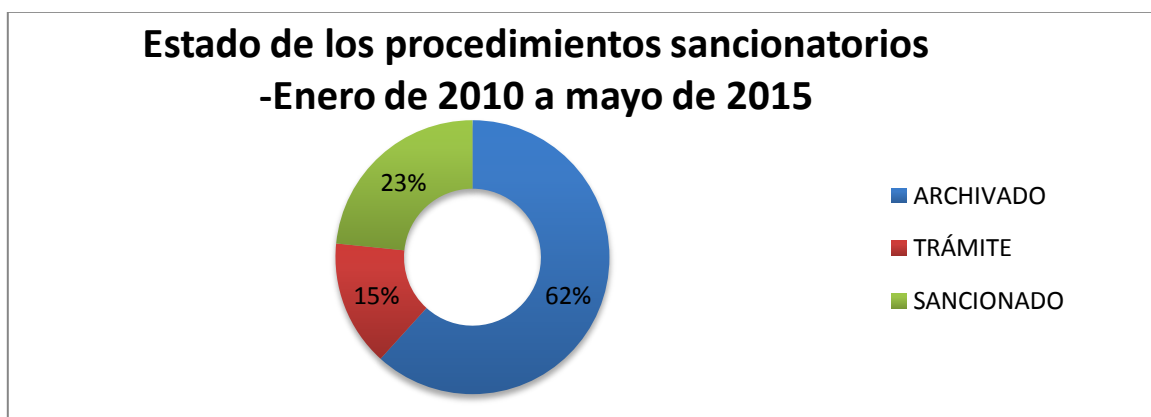
cerrados como consecuencia del cumplimiento del contratista durante los mismos se elevan hasta el 70,4 %²³¹.

No sobra advertir que desde el 2009 el IDU ha sancionado a 28 de sus colaboradores, si tomamos como referencia la universalidad de los contratos estatales que celebró. Ahora, la extensión temporal de los procedimientos administrativos que necesariamente han de agotarse para decidir si procede o no la imposición de la medida, ha mejorado sustancialmente, ya que en 2011 la entidad tardaba 242 días, mientras que en 2014 ese tiempo se redujo a 45 días²³².

c) Instituto Nacional de Vías

Luego de radicar tres derechos de petición²³³, uno de ellos con copia a la Procuraduría General de la Nación, y de varias conversaciones con la directora de la Oficina de Procedimientos Sancionatorios de la entidad, se obtuvo la información acerca del universo de procedimientos sancionatorios para multar a los contratistas tramitados por esta entidad, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 30 de abril de 2015 y tomando como referencia la totalidad de los acuerdos suscritos.

La información obtenida se consigna en la siguiente gráfica para facilitar su entendimiento²³⁴:



²³¹ Cabe destacar que la entidad tardó en promedio 113 días calendario en culminar los procedimientos iniciados, bien sancionando ora archivando el trámite. Este dato se refiere a los procedimientos originados exclusivamente en el marco de los contratos de obra celebrados por el IDU.

²³² Ambos términos en días hábiles. Datos tomados del Boletín de prensa con fecha del 23 de abril de 2015.

²³³ Con fecha de 28 de abril de 2015, radicado 38113; del 20 de mayo de 2015, radicado 45742; y, finalmente, del 11 de junio de 2015, radicado 53755.

²³⁴ Véanse los Anexos de este trabajo de grado en donde reposan los derechos de petición radicados y sus respuestas.

Del universo de los procedimientos sancionatorios iniciados por el Invías entre enero de 2010 y mayo de 2015, el 62 % fueron cerrados antes de la imposición de la medida²³⁵, al paso que el 23 % culminó con la sanción. El porcentaje restante corresponde a los procedimientos en trámite o en estudio. Finalmente, se debe advertir que el tiempo promedio que se tomó la entidad para decidir sobre la imposición o no de la medida fue de 78 días calendario.

De lo expuesto se deduce, con toda nitidez, que tanto el IDU como el Invías tardan entre dos meses y medio y tres meses en tramitar el procedimiento administrativo que necesariamente se debe agotar para determinar si se impone o no la multa. Este período tiene lugar como consecuencia de las siguientes causas: (i) volumen de trabajo y la eficiencia de la entidad para dirigir el trámite; (ii) suspensión de audiencias para decidir sobre nulidades alegadas por el contratista o el garante; (iii) complejidad de la etapa probatoria, entre otras.

Así las cosas, resulta preciso realizar una propuesta que permita hacer de las multas un mecanismo idóneo para conminar al contratista a la observancia de las prestaciones a su cargo. La solución que se expondrá debe, por un lado abstenerse de limitar su operatividad por cuestiones de interpretación de la legislación vigente²³⁶, las cuales, por cierto, bien pueden cambiar; y, por el otro, permitir la conjugación entre las garantías del debido proceso y la supremacía del interés colectivo, impidiendo en todo caso el abuso de aquellas por parte de los particulares y de ésta por las entidades estatales.

3.2.2 Las multas como sanción

La operatividad actual de la cláusula de multas, producto de la interpretación que sobre su regulación hacen tanto la doctrina especializada y la jurisprudencia del Consejo de Estado, como los servidores públicos encargados de tramitar los procedimientos sancionatorios; tiene como consecuencia que una vez se presenta el cumplimiento de la prestación que originó la actuación, la entidad se abstiene de imponerla, pues la multa es entendida como una medida coercitiva, un medio de apremio que tiene una finalidad muy específica, a saber, el correcto desarrollo de las prestaciones a cargo del contratista. Por ende, no se utiliza ni como un instrumento indemnizatorio ni como un mecanismo para lograr la punición de las faltas del colaborador de la Administración²³⁷.

²³⁵ Cerrados como consecuencia del cumplimiento del colaborador de la Administración durante el trámite del procedimiento sancionatorio.

²³⁶ Esto es, considerar que *apremiar* conlleva a que el cumplimiento, incluso el tardío, agota la finalidad de la multa e impide su imposición.

²³⁷ Al respecto véase Urueta Rojas, Juan Manuel. “*El contrato de concesión de obras públicas*”. Edit. Ibáñez. Segunda edición. Bogotá, 2010. Pág. 303.

Aunado a lo anterior, cabe advertir que todo procedimiento administrativo sancionatorio por medio del cual se busca multar al contratista incumplido está, en todos los casos, dominado por la idea fundamental de que la sanción es una herramienta para vencer la desobediencia. Por ello, no se considera válido que la medida proceda por la ocurrencia del hecho cuando ésta se materializa para que el mismo cese. Es decir, la reacción del ordenamiento jurídico no tiene como finalidad reprimir la conducta reprochable, sino inducir, apremiar y/o presionar al sujeto de derecho objeto de ella para que tal situación finalice²³⁸.

Cabe al efecto anotar que en la actualidad tanto depende la operatividad eficaz de las multas en los contratos estatales de la eficiencia de los funcionarios encargados de tramitar los procedimientos sancionatorios que, a manera de ejemplo, se expondrán las siguientes situaciones:

- Caso Concesión Santa Marta Paraguachón

El contrato de Concesión Santa Marta - Paraguachón tiene como objeto diseñar, rehabilitar, y dotar 250 kilómetros de vía con la infraestructura necesaria para su operación y mantenimiento. Es un proyecto que culmina en julio de 2030 y que ha demandado cuantiosos recursos del Estado²³⁹.

Dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario está la contenida en la parte 3.B.8 del pliego de condiciones, la cual dispone: *Comunicaciones. Debe permanecer en funcionamiento como mínimo por cada 2 kms. de vía, por cada calzada, una cabina dotada de equipo que permita comunicarse con la central de operaciones. El concesionario debe manifestar en la propuesta las condiciones en que lo prestará.*

Pese a ello, desde que se suscribió el contrato de concesión 445 de 1994 el Concesionario no ha ejecutado la prestación obligacional contenida en el pliego, conociendo la entidad tal situación desde el 24 de enero de 2004, pues así se desprende del informe de la Interventoría de radicado 000902, sin perjuicio de que antes de tal fecha la contratante pudiera haber tenido noticia de la referida inobservancia de su colaborador.

Aun así, hasta el 22 de febrero de 2006 el Instituto Nacional de Concesiones mediante el oficio 001860 inició el trámite sancionatorio para multar al Concesionario, procedimiento

²³⁸ Bajo el estado actual de las cosas no se puede perder de vista que cuando la entidad multa al contratista lo hace no propiamente para sancionar la ocurrencia de un incumplimiento, sino para que este cese.

²³⁹ En marzo de 2009 la suma ascendía a \$155.225.670.668 pesos de junio de 1994, sin contar con el valor de los diferentes contratos de interventoría que se han suscrito para vigilar la ejecución del proyecto.

que culminó con la imposición de la medida mediante la Resolución 213 del 5 de abril de 2006, la cual fue confirmada a través de la Resolución 227 del 22 de mayo de 2008²⁴⁰.

De lo dicho se colige, en suma, que pese a que el procedimiento sancionatorio se tramitó en 43 días calendario, la realidad indica que un incumplimiento que se extendió por más de 11 años, y respecto del cual se supo con certeza que la entidad conoció por dos años y tres meses; generó una reacción de la Administración que, sin lugar a dudas, puede calificarse como tardía e ineficiente.

- Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de servicios de conectividad y centro de datos/nube privada –CCE-134-1-AMP-2014

Colombia Compra Eficiente celebró un Acuerdo Marco de Precios cuyo objeto consiste en el establecimiento de las condiciones bajo las cuales una serie de proveedores deberán prestar a las entidades compradoras los servicios de conectividad y centro de datos/nube privada.

Producto del referido contrato, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- abrió un evento de cotización con base en el cual puso la Orden de Compra No. 781 del 27 de noviembre de 2014 a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB S.A., para que ésta última le prestara un servicio por valor total de \$6.705.888.136 pesos.

Pese a ello, la ETB incumplió parcialmente con la referida orden de compra, ya que para el 14 de enero de 2015, fecha en la cual vencía el plazo establecido en el AMP para la entrega total, aún estaban pendientes la ejecución 92 de los 112 ítems.

La Directora de Colombia Compra Eficiente, mediante la comunicación del 16 de enero de 2015 convocó a la ETB y a la aseguradora para el 23 de enero de 2015 con el objetivo de tramitar la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tanto la ETB como la aseguradora, mediante comunicaciones respectivas del 20 y 22 de enero de 2015, manifestaron que la citación enviada por Colombia Compra Eficiente estaba incompleta en la medida en que no contenía el informe del supervisor del AMP.

Como consecuencia de lo anterior, el 22 de enero de 2015, la entidad envió una nueva citación con el informe del supervisor del AMP, convocando a la ETB y la aseguradora para el 29 de enero de la misma anualidad.

²⁴⁰ Resoluciones que después fueron revocadas en el marco de una solicitud de revocatoria directa por parte del Concesionario, mediante Resolución 373 del 28 de agosto de 2008, por el mismo funcionario que el 22 de mayo de ese mismo año había confirmado la sanción por \$47.983.160 pesos diarios que se debían pagar desde mayo de 2006 hasta que se cumpliera con la obligación; con fundamento en una interpretación, a mi juicio, poco acertada de los documentos contractuales.

Pese a ello, la fecha de la audiencia se aplazó por primera vez para el día 6 de febrero de 2015 por decisión de la entidad contratante, y en segunda oportunidad, para el 13 de febrero por solicitud de la ETB.

Llegado el día señalado, se tramitó la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, durante la cual la ETB afirmó que para la fecha de la citación no se había evidenciado ningún incumplimiento, ya que la entidad-contratista contaba con 45 días hábiles que no calendario para ejecutar las obligaciones a su cargo como consecuencia de la orden de compra que la DIAN puso.

Sobre el particular, la directora de Colombia Compra Eficiente afirmó que le asistía razón a la ETB, sin embargo, para la fecha de la audiencia, esto es, el 13 de febrero de 2015, sí había un incumplimiento pues el plazo de ejecución de las obligaciones surgidas producto de la orden de compra de la DIAN vencía el 6 de febrero del mismo año.

De este modo, Colombia Compra Eficiente multó a la ETB tan sólo 6 días después de presentarse el incumplimiento mediante la Resolución 675 de 2015, confirmada mediante la Resolución 677 expedida el 16 de febrero de la misma anualidad.

Del trabajo de campo realizado y de los dos ejemplos arriba señalados, se infiere, sin dejar lugar a bruma alguna de duda, que la ineficacia de las multas en la contratación estatal puede tener como causa la actuación de los agentes estatales, la interpretación de legislación y el comportamiento de los contratistas durante el trámite que se debe surtir para la imposición de las sanciones.

Por ello, aparece de bulto que el diseño normativo puede ser absolutamente impecable y una materia tener una disciplina especial que regula correctamente sus contenidos y, sin embargo, no producir los efectos esperados con su estructuración, pues hay una verdad que no se dable ignorar y es que gran parte del éxito de un cometido depende de la eficiencia de sus ejecutores.

De ahí que, bajo el *status quo*, se pueda concluir que la eficiencia como criterio que ha de seguir la Administración en su actuación, materializado en la elección de los medios más idóneos para la realización de los fines dispuestos por el legislador, y la eficacia como principio de la actuación administrativa, en definitiva, exigen para su cumplimiento tanto de una regulación estructural y completa que permita la realización material de los objetivos ulteriores perseguidos con su diseño, como de un aplicador de esa reglamentación capaz y competente.

Así las cosas, la propuesta que en esta sección del escrito se hace conlleva a reconocerle a las multas una naturaleza no sólo conminatoria, sino también sancionatoria. Lo que implica

que la medida resultaría procedente por el advenimiento del incumplimiento y, por consiguiente, se causaría pese a que con anterioridad a su imposición acrediten la observancia de las prestaciones que tienen a su cargo.

En efecto, la disertación sobre la operatividad de las multas, en el marco de la contratación estatal, debe tener como criterio orientador que la razón que justifica tanto su existencia dentro del ordenamiento jurídico como la posibilidad de su imposición unilateral, es la necesidad de dar efectos a la prioritaria realización del interés colectivo, lo que implica reconocer en cabeza de la Administración ciertas prerrogativas que faciliten que ésta lleve a feliz término su gestión contractual.

Por tanto, la ejecución extemporánea de las obligaciones contractuales no puede excluir *per se* la imposición de la medida, pues lo cierto es que hubo un incumplimiento y, dado que el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento puesto al servicio de la Administración para la materialización de los fines del Estado y a través del cual se colman necesidades colectivas; tal situación no puede quedar indemne e impune utilizando un argumento torticero como que la multa agota su objetivo, pues lo cierto es que dicho límite no se atiene ni a lo dispuesto por el legislador²⁴¹ ni a la lógica misma.

Considerar que la multa sólo pueda imponerse mientras subsista el incumplimiento, a mi juicio, resulta erróneo e inconveniente, ya que se abre la puerta para que los contratistas jueguen con la potestad sancionatoria en cabeza de las entidades estatales, pues a éstos les bastará con entorpecer el procedimiento, alegar nulidades o solicitar pruebas impertinentes e inconducentes en demasía para prolongar el trámite y de esta manera ponerse al día y así evitar la imposición de la medida²⁴².

En este estado del análisis no sobra traer a colación una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la cual si bien se estudia la operatividad de la cláusula de caducidad, se hace una disertación sobre el punto que se está tratando, la cual por su importancia y claridad expositiva se cita *in extenso*:

²⁴¹ Si bien el artículo 17 de la Ley 1150 dispone (...) *las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones* (negrilla ajena al texto original), lo cierto es que la expresión *conminar* puede ser interpretada bajo la tercera acepción de la RAE, esto es, como *requerir a alguien el cumplimiento de un mandato, bajo pena o sanción determinadas*. Es decir, no por ser conminatoria se excluye la naturaleza sancionatoria, pues ¿qué más apremio, amenaza o inducción al cumplimiento que la imposición de una sanción pecuniaria diaria hasta tanto la inobservancia de las prestaciones cese?

²⁴² Así, por ejemplo, de los procedimientos sancionatorios iniciados por el IDU y el Invías para multar a los contratistas y que no culminaron con la imposición de la medida, tuvieron dicha consecuencia, en todos los eventos, dado que los colaboradores de la Administración durante el trámite se ponían al día en sus obligaciones (véanse las respuestas a los derechos de petición de estas entidades en los anexos de este trabajo de grado).

*En estos términos -se insiste-, 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. (Negrillas ajenas al texto original).

Por consiguiente, que se le asigne una finalidad meramente amenazante limita excesivamente el marco de acción de una medida que está destinada a prevenir incumplimientos de mayor envergadura. Y, además, resulta incoherente, ya que la imposición de la multa está sujeta al cumplimiento y respeto de las garantías del debido proceso sancionatorio. Por lo que la naturaleza de esta última en realidad corresponde a una sanción y, por ende, debe tener lugar por la inobservancia leve y parcial de las prestaciones contractuales y no por su prolongación en el tiempo.

Aquí se debe recordar que, como ya se precisó en este trabajo de grado, las multas en la contratación estatal devienen de la cláusula penal con función de apremio del derecho privado, afirmación ésta que trae, al menos, dos consecuencias jurídicas, a saber²⁴³:

1. Al devenir las multas de la cláusula penal con función de apremio se desprende que éstas constituyen una obligación accesorias que cuenta con una prestación condicional –en la medida en que está sujeta al evento del incumplimiento–, por lo que el advenimiento del hecho futuro e incierto implica el nacimiento del derecho de crédito a favor de la entidad contratante²⁴⁴ independiente del que de ordinario registra con ocasión de la obligación principal.

²⁴³ Vale la pena recordar que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 el funcionamiento de la cláusula de multas, en materia de contratación estatal, está cobijada por la legislación civil y comercial, salvo por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 y el artículo 86 de la Ley 1474.

²⁴⁴ Sin perjuicio de la necesidad de constituir al deudor en mora.

2. El carácter persuasivo, conminatorio o apremiante de la multa implica que una vez nace el derecho de crédito en cabeza de la Administración ésta queda habilitada para exigir tanto la pena como el cumplimiento de la obligación principal o la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Es decir, la observancia tardía de las prestaciones convencionales no eximen, en modo alguno, al contratista de la sanción que merece padecer por no mantener la fidelidad debida a lo pactado.

Quiere ello decir que la operatividad de las multas en el derecho privado y, por ende, en la contratación estatal²⁴⁵, no admite hesitación alguna en torno a este asunto: la inobservancia de las obligaciones a cargo del deudor causa una penalidad, pues ésta es un mecanismo sancionatorio que nace y se hace exigible ante la tardanza o el incumplimiento del contratista con el objetivo de compelerlo, constreñirlo o apremiarlo a que se ponga al día en sus obligaciones; sin que la ejecución tardía de las mismas lo exima, en modo alguno, de la pena.

De otra parte, cabe advertir que la estructuración de la medida en el sentido expuesto no riñe con la operatividad del ejercicio de la cláusula excepcional de caducidad, ya que ambas tienen un objetivo ulterior disímil. Así, la multa está destinada a sancionar incumplimientos leves, parciales y salvables que no impiden la satisfacción del interés general que busca el proyecto; por ello, si se quiere, ésta estaría encaminada a servir de alerta para que el particular ajuste su actuar a los dictados del contrato y evite la materialización de la caducidad, la cual tendrá lugar en los supuestos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Asimismo, no sobra señalar que, en mi opinión, la imposición de la multa únicamente procede durante el plazo de ejecución, ya que la medida tiene razón de ser cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales y salvables que pueden cesar; situación que no ocurre vencido el referido término, pues en ese momento la inobservancia de las prestaciones es definitiva, evento que conlleva a la aplicación de mecanismos de acción de contenido reparatorio²⁴⁶.

Finalmente, se debe precisar que no por comportar una naturaleza sancionatoria la multa perderá su aplicación para evitar incumplimientos de mayor entidad, esto es, su carácter conminatorio, pues lo que precisamente se reafirma es que la Administración cuente con una herramienta que además de persuadir al contratista y de recordarle sobre la necesidad

²⁴⁵ Teniendo en cuenta la interpretación de las reglas especiales sobre la materia que se hace en la sección 3.2.3 de este trabajo de grado.

²⁴⁶ En esos eventos las prestaciones contractuales se han convertido en la obligación de pagar la cláusula penal pecuniaria. Razonamiento ya utilizado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, véase la Sentencia del 13 de agosto de 1987, expediente 4145, M.P. Antonio J. De Irisarri Restrepo.

de que cumpla bien y oportunamente las prestaciones a su cargo, se le sancione por las faltas parciales en que incurra²⁴⁷.

Lo expuesto no implica de ninguna manera que las entidades puedan vulnerar el principio de proporcionalidad que orienta las actuaciones administrativas, particularmente las sancionatorias, pues en caso de que la propuesta hecha en este trabajo de grado se materialice en el mundo jurídico, el cumplimiento cabal y razonable de dicha garantía supondrá un parámetro que impedirá que la Administración atropelle los intereses privados²⁴⁸, los cuales al involucrarse contractualmente con el Estado tienen la intención legítima y hasta protegida de obtener una utilidad.

3.2.3 Materialización de la propuesta –interpretación de la ley

Dos son las normas que regulan la operatividad de las multas en los contratos estatales, por un lado el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y por el otro el artículo 86 de la Ley 1474. La propuesta expuesta anteriormente no riñe con ninguno de los postulados que la referida regulación incluye y, por consiguiente, bastará con que se interpreten los mismos.

En efecto, del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se deberían interpretar dos postulados:

1. (...) *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.* (Subrayas ajenas al texto original).

Como se advirtió en la sección anterior, que la multa sea tomada como un mecanismo sancionatorio no afecta en modo alguno su carácter conminatorio, pues por el contrario que la medida resulte procedente por el incumplimiento, situación objetiva dada por los hechos y únicamente por los hechos²⁴⁹, reafirma precisamente la función de persuasión o apremio al contratista para que observe los dictados del negocio.

Es más, resulta atinado señalar que la naturaleza conminatoria está presente desde el mismo momento en que se incluye la cláusula de multas, pues desde dicho instante el contratista

²⁴⁷ Al efecto, procede recordar que en Perú, como se advirtió en la parte pertinente de este trabajo, la multa opera automáticamente y se causa hasta que se verifique el cumplimiento de las prestaciones que justificaron la sanción. Al paso que, en el sistema jurídico ecuatoriano, como se señaló en este documento, se establece que la finalidad de las sanciones pecuniarias es que el contratista corrija su conducta para no continuar recibiendo su imposición.

²⁴⁸ No sobra anotar que la proporcionalidad no sólo protegerá intereses privados, sino los derechos de las entidades que sean parte en contratos interadministrativos.

²⁴⁹ Diferente de la conducta de incumplir en donde la culpabilidad del colaborador de la Administración entra en juego para determinar si procede o no la imposición de la medida.

conoce suficientemente las consecuencias que debe soportar cuando quiera que su actuar no se ajuste a las prescripciones del acuerdo jurídico convenido.

Así, cabe preguntarse: ¿qué más apremio que ser objeto de multas sucesivas en tanto y en cuanto no se ejecuten las prestaciones debidas?²⁵⁰ Y más aún ¿cómo conminar más al cumplimiento cuando quiera que la imposición de multas en una misma vigencia fiscal genera inhabilidad?

Es más, a manera de ejemplo, no sobra traer a colación que la operatividad de las multas en los contratos de concesión de cuarta generación incluye un plazo de cura²⁵¹, entendido como el término durante el cual los concesionarios pueden subsanar los incumplimientos en que incurran sin que se les imponga la medida. Vencido éste sin que se produzca el resultado esperado, esto es, el cumplimiento, se causa la sanción desde la fecha en que inició la inobservancia.

Eso quiere decir que dada la interpretación benévola que de la ley se ha hecho, los colaboradores de la Administración, es decir, quienes en virtud de una relación contractual tienen a su cargo satisfacer una necesidad de interés colectivo, incluidas aquellas catalogadas como de utilidad pública e interés social; pueden inobservar sus obligaciones convencionales las cuales, por demás, cuentan con un término perentorio, y resultar indemnes si ejecutan la prestación dentro del plazo de cura, ya que ni siquiera se les inicia el procedimiento sancionatorio que tienen bien merecido.

Así las cosas, los concesionarios primero cuentan con un plazo convencional que les permite subsanar sus incumplimientos y, después, en los casos en que dicha situación no cesa, tienen a su favor la extensión temporal del procedimiento sancionatorio, ya que si en cualquiera de esos períodos cumplen, bajo la actual interpretación y operatividad de la medida, la multa no se impone.

Tan es así, que al margen de las reglas incluidas en los contratos de concesión de cuarta generación, y remitiéndonos a la operatividad de las multas en la ANI, el IDU y el Invías – estudiada en la sección 3.2.1 de este trabajo de grado–, dichas entidades se han abstenido de imponer la medida cuando quiera que tienen noticia de que sus contratistas han ejecutado las prestaciones que tienen a su cargo²⁵².

²⁵⁰ Sin que el cumplimiento sea una causal eximente de responsabilidad que impida la imposición de la sanción; sino un acto que interrumpe y cesa la progresividad de las multas a imponer.

²⁵¹ Así, por ejemplo, en los proyectos Mulaló-Loboguerrero y Yopal-Villavicencio el plazo de cura se puede extender hasta por 60 días.

²⁵² Cabe señalar que dada la lentitud con que se tramitan estos procedimientos, ejecutar las obligaciones convencionales durante los mismos no parece un cometido demasiado exigente.

De lo enunciado se colige, por un lado, que la interpretación propuesta reafirma el carácter conminatorio de la cláusula de multas y, por el otro, que bajo el actual estado del arte esta medida coercitiva provisional se erige como una herramienta jurídica “coja”, destinada a recordarle al contratista la necesidad de cumplir el contrato, como si la obligatoriedad del acuerdo de voluntades no bastará para que éste observara lo pactado, es decir, como si la primacía de la fidelidad a los compromisos convencionales adquiridos no fueran suficientemente persuasivos para conminar a la ejecución correcta y oportuna del negocio.

2. (...) *esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.* (Subrayas ajenas al texto original)

La expresión subrayada, como se manifestó anteriormente en este trabajo, deberá interpretarse en el sentido de que la multa procede únicamente durante la etapa de ejecución del contrato.

La anterior conclusión se fundamenta en que la multa es una medida provisional edificada sobre la base de constreñir al colaborador de la Administración cuando la observancia de las prestaciones convencionales aún resulta posible. Carece de sentido, en cualquier caso, el ejercicio de un poder sancionatorio que en nada incidirá con la satisfacción de las obligaciones a cargo del contratista, pues en esos eventos procederán mecanismos de acción de contenido reparatorio.

Precisamente la anterior interpretación es la que, en aplicación de las reglas hermenéuticas –la relativa a la interpretación sistemática– resulta más acertada, pues el último inciso del artículo 86 de la Ley 1474 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.* (Subrayas ajenas al texto original)

De ahí que se pueda inferir, sin el más mínimo atisbo de duda, que el legislador al estructurar el contenido normativo de Estatuto Anticorrupción fijó el verbo en forma potencial, lo que excluye tajantemente que los contratistas se eximan de la imposición de la medida por el simple hecho del cumplimiento.

La anterior propuesta no implica que las diferentes entidades puedan tomarse el tiempo que les plazca para tramitar el procedimiento sancionatorio, amparados en que la medida procede sin importar si durante el mismo el contratista se pone al día con sus obligaciones;

pues lo cierto es que existen, al menos, dos criterios que impiden dicho actuar²⁵³, a saber: 1. la caducidad de la facultad sancionatoria y las garantías del debido proceso y 2. los principios de eficiencia propios de la función pública.

1. Como ya se analizó en este trabajo de grado, el debido proceso se erige, a la vez, como un principio y un derecho fundamental, que bajo ambas perspectivas extiende sus efectos sobre todos los procedimientos administrativos sancionatorios²⁵⁴, incluido, a no dudarlo, el trámite para la imposición de multas.

Así, cabe señalar que todo procedimiento administrativo sancionatorio se constituye por la materialización de una serie de actos y trámites concatenados cuya consecuencia implica la definición de una situación jurídica.

En efecto, las personas, incluidos los contratistas del Estado, cuentan con una garantía propia del debido proceso consistente en que su situación jurídica sea resuelta dentro de los términos y condiciones exigidos por la ley. Ahora bien, dado que el trámite sancionatorio para multarlos no tiene una regulación que estatuya plazos perentorios, éstos deberán ser dados por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios del derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación de los criterios de eficiencia y eficacia inherentes a la función pública.

En cualquier caso, no está de más advertir que pese a la ausencia de plazos preclusivos durante el trámite sancionatorio para multar a los contratistas de la Administración, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 sí establece un límite al ejercicio de la facultad en cabeza de las autoridades para imponer sanciones, pues establece que ésta *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*.

2. Si bien los funcionarios encargados de tramitar los procedimientos sancionatorios requieren, en suma, de una regulación que provea los medios más adecuados para la realización material de los fines buscados con el diseño normativo; también es cierto que éstos funcionarios deben ser eficientes en su actuar, de tal forma que valoren correctamente la conveniencia y oportunidad de las decisiones que se deben tomar durante el trámite sancionatorio (decreto de pruebas, decisión de nulidades, etc.).

²⁵³ Como el principio de oportunidad el cual impone que la reacción de la Administración tenga como justificación la actual actuación de su contratista, es decir, que la reacción de ella sea inmediata a fin de conjurar los incumplimientos que se detecten.

²⁵⁴ En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-521 del 19 de septiembre de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, concluyó que: “*toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen*”.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, impone que el desarrollo de la función administrativa se realice conforme a los principios constitucionales y legales, dentro de los cuales está el de eficiencia. Éste es, pues, uno de los criterios fundamentales que deben orientar la actuación de la Administración, y exige que ella efectúe la elección de las medidas más adecuadas para la consecución de los objetivos y fines del Estado²⁵⁵.

²⁵⁵ Al respecto véanse las Sentencias de la Corte Constitucional T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y T-826 del 13 de noviembre de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Petit, Eugene. *“Tratado Elemental de Derecho Romano”*. Edit. Porrúa, S.A. Cuarta edición. México, D. F. 1988.
- 2) Chávez Calderón, Pedro. *“Historia de las Doctrinas Filosóficas”*. Edit. Pearson Educación. Tercera edición. México, D.F. 2004.
- 3) Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *“Contratos Mercantiles. Teoría general del negocio mercantil”*. Tomo I. Edit. Diké. Bogotá. 2008.
- 4) Pérez Vives, Álvaro. *“Teoría general de las obligaciones”*. Edit. Temis. Segunda edición, parte segunda, vol. 3. Bogotá. 1955.
- 5) Gómez Calero, Juan. *“Contratos Mercantiles con cláusula penal”*. Edit. Civitas. S.A. Primera edición. Madrid. 1980.
- 6) Peirano Facio, Jorge. *“La cláusula penal”*. Edit. Temis. Segunda edición. Bogotá, 1982.
- 7) Meza Barros, Ramón. *“Manual de derecho civil de las obligaciones”*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1957.
- 8) Ospina Fernández, Guillermo. *“Régimen General de las Obligaciones”*. Edit. Temis. Sexta edición. Bogotá. 1998.
- 9) Cubides Camacho, Jorge. *“Obligaciones”*. Edit. Grupo editorial Ibáñez, Universidad Javeriana. Séptima edición. Bogotá. 2012.
- 10) Ibáñez, Carlos Miguel. *“Resolución por incumplimiento”*. Edit. Astrea. Buenos Aires. 2003.
- 11) Navia Arroyo, Felipe. *“La cláusula penal en la transacción”*. En: *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro en homenaje a Fernando Hinestrosa*. Edit. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. Bogotá. 2003.
- 12) Gómez Velásquez, Hernán Darío. *“Estudio sobre obligaciones”*. Edit. Temis. Bogotá. 2010.
- 13) Pothier, Robert Joseph. *“Tratado de las obligaciones”*. Edit. Heliasta S.R.L. Brasil, 1993.
- 14) Claro Solar, Luis. *“Derecho Civil obligaciones”*. Tomo I. Edit. Universal de Chile. Santiago de Chile. 1986.
- 15) Uribe Holguín, Ricardo. *“De las Obligaciones y del Contrato en general”*. Edit. Universidad del Rosario. Primera edición. Bogotá. 1980.
- 16) Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. *“Curso de Derecho Civil”*. Tomo IV. Edit. Nascimento. Santiago de Chile. 1942.
- 17) Alessandri Rodríguez, Arturo. *“Derecho Civil”*. Edit. Zamorano y Caperan. Tercera edición. Santiago de Chile. 1939.
- 18) Suescún Melo, Jorge. *“Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”*. Edit. Legis. Tomo I. Segunda edición. Bogotá. 2003.

- 19) Suescún Melo, Jorge. *“Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”*. Tomo II. Edit. Legis. Segunda edición. Bogotá. 2003.
- 20) Abela Maldonado, Andrew. *“Obligaciones con cláusula penal”*. En Cifuentes Castro, Marcela. *“Derecho de las Obligaciones”*. Edit. Temis. Tomo I. Bogotá. 2009.
- 21) Matallana Camacho, Ernesto. *“Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la ley 80 de 1993”*. Edit. Universidad Externado de Colombia, tercera edición. Bogotá. 2012.
- 22) Herrera Barbosa, Benjamín. *“Contratos Públicos actualizado con el Decreto 2170 de 2002”*. Edit. Ediciones jurídicas Ibáñez. Bogotá. 2004.
- 23) Guechá Medina, Ciro Nolberto. *“Contratos administrativos control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación”*. Edit. Ediciones jurídicas Ibáñez. Bogotá. 2010.
- 24) González Rodríguez, Miguel. *“El Contencioso Contractual Controversias Contractuales, art. 87 C.C.A”*. Edit. Universidad Libre. Bogotá. 2004.
- 25) Escobar Gil, Rodrigo. *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”*. Edit. Legis. Bogotá. 1999.
- 26) Lamprea Rodríguez, Pedro. *“Contratos estatales”*. Edit. Temis. Bogotá. 2007.
- 27) Bautista Möller, Pedro José. *“Licitaciones, contratos y sanciones”*. Edit. Doctrina y Ley. Bogotá. 1999.
- 28) Betancur Cuartas, Jaime. *“Estatuto General de la Contratación Pública”*. Edit. Biblioteca Jurídica Díké. Medellín, Antioquia Colombia. 2000.
- 29) Benavides, José Luis. *“El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado”*. Edit. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. 2004.
- 30) Reyes Yunis, Laura. *“Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal”*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2007.
- 31) Palacio Jaramillo, María Teresa. *“Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales”*. En, Araujo Oñate, Rocío, Editora académica. *“La ley 1150 de 2007 una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal”*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2011.
- 32) Borja Ávila, Ramiro. *“Estudios jurídicos sobre la contratación estatal”*. Edit. Ibáñez. Bogotá. 2009.
- 33) Rico Puerta, Luis Alfonso. *“Teoría general y práctica de la contratación estatal”*. Edit. Leyer, octava edición. Bogotá. 2013.
- 34) Palacio Hincapié, Juan Ángel. *“La contratación de las entidades estatales”*. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2010.
- 35) Urueta Rojas, Juan Manuel. *“El contrato de concesión de obras públicas”*. Edit. Ibáñez. Segunda edición. Bogotá. 2010.

- 36) Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. “*Los contratos estatales en Colombia*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2013.
- 37) Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. “*La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Tercera edición. Medellín. 2010.
- 38) Suárez Tamayo, David. “*Cláusula de multas y penal pecuniaria*”. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2014.
- 39) Pino Ricci, Jorge. “*El régimen jurídico de los contratos estatales*”. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
- 40) Dussán Hitscherich, Jorge. “*Elementos del contrato estatal*”. Edit. Universidad Tadeo Lozano. Bogotá. 2005.
- 41) González Rodríguez, Miguel, “*El Contencioso Contractual*”. Edit. Universidad Libre de Colombia. Cuarta edición. Bogotá. 2004.
- 42) Parejo Alfonso, Luciano. “*Perspectivas del Derecho Administrativo para el Próximo Milenio*”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1998.
- 43) Parejo Alfonso, Luciano. “*Eficacia y administración: tres estudios*”. Edit. INAP. Madrid. 1995.
- 44) Ossa Arbeláez, Jaime. “*Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*”. Edit. Legis. Bogotá. 2000.
- 45) Escola, Héctor Jorge. “*Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I parte general*”. Edit. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979.
- 46) Pérez Camacho, Efraín. “*Derecho Administrativo. Volumen II*”. Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones. Tercera edición. Quito. 2009.
- 47) Rocha Ochoa, Cesáreo. “*Manual de Introducción al Derecho*”. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006.
- 48) Gaceta del Congreso No. 75, del 23 de septiembre de 1992, Proyecto de Ley 149 de 1992 *Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.
- 49) Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado, en la Gaceta del Congreso de la República, Año XIX Número 784 del martes 19 de octubre de 2010, pág. 8.
- 50) Guía Jurídica de la CNUDMI sobre operaciones de comercio compensatorio internacional de 1993.
- 51) Compendio de jurisprudencia relativa a la CCIM de 2012 de la CNUDMI.
- 52) Sentencias, Laudos y Oficios:
- **Corte Constitucional**
- 1) Sentencia T-521 del 19 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.
 - 2) Sentencia T-145 del 21 de abril de 1993. Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - 3) Sentencia C-150 del 22 de abril de 1993. Magistrado Ponente, Fabio Morón Díaz.

- 4) Sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994. Magistrados Ponentes Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.
- 5) Sentencia T-382 del 31 de agosto de 1995. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.
- 6) Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell.
- 7) Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.
- 8) Sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.
- 9) Sentencia C-1436 del 25 de octubre del 2000. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.
- 10) Sentencia C-788 del 24 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.
- 11) Sentencia C-177 del 1 de marzo de 2005. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.
- 12) Sentencia T-720 del 7 de julio de 2005. Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto.
- 13) Sentencia C-545 del 18 de julio de 2005. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 14) Sentencia T-796 del 21 de septiembre de 2006. Magistrado Ponente, Clara Inés Vargas Hernández.
- 15) Sentencia SU-1010 del 16 de octubre de 2008. Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil.
- 16) Sentencia C-983 del 1 de diciembre de 2010. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- 17) Sentencia C-089 del 16 de febrero de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- 18) Sentencia T-110 del 22 de febrero de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- 19) Sentencia T-249 del 5 de abril de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- 20) Sentencia T-826 del 13 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva.
- 21) Sentencia C-081 del 12 de febrero de 2014. Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla.
- 22) Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015. Magistrado Ponente, Mauricio González Cuervo.

- **Corte Suprema de Justicia**

- 1) Sala Plena, Sentencia del 27 de septiembre de 1974. Magistrado Ponente, Luis Sarmiento Buitrago.
- 2) Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de mayo de 1996, expediente 4607. Magistrado Ponente, Carlos Esteban Jaramillo.
- 3) Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, expediente 4823. Magistrado Ponente, José Fernando Ramírez Gómez.
- 4) Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de junio de 2002, expediente 7320. Magistrado Ponente, Silvio Fernando Trejos.
- 5) Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de septiembre de 2005, expediente 04837-01. Magistrado Ponente, Silvio Fernando Trejos.
- 6) Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de octubre de 2005, expediente 00591-01. Magistrado Ponente, Carlos Ignacio Jaramillo.
- 7) Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de noviembre de 2014, expediente 0784-01. Magistrado Ponente, Margarita Cabello Blanco.

- **Consejo de Estado**

- 1) Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 1986, expediente 4550. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 2) Sección Tercera, Sentencia del 28 de mayo de 1987, expediente 4768. Magistrado Ponente, Julio César Uribe Acosta.
- 3) Sección Tercera, Sentencia del 13 de agosto de 1987, expediente 4145. Magistrado Ponente, Antonio J. De Irisarri Restrepo.
- 4) Sección Tercera, Sentencia del 24 de septiembre de 1987, expediente 3129. Magistrado Ponente, Julio César Uribe Acosta.
- 5) Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 6) Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 1992, expediente 6491. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 7) Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo de 1992, expediente 6661. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 8) Sección Tercera, Sentencia del 17 de septiembre de 1992, expediente 5465. Magistrado Ponente, Juan de Dios Montes Hernández.
- 9) Sección Tercera, Sentencia del 1 de octubre de 1992, expediente 6631. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 10) Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 1993, expediente 5859. Magistrado Ponente, Daniel Suárez Hernández.
- 11) Sección Tercera, Sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288. Magistrado Ponente, Daniel Suárez Hernández.
- 12) Sección Tercera, Sentencia del 16 de noviembre de 1994, expediente 8449. Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.

- 13) Sección Tercera, Sentencia del 16 de diciembre de 1994, expediente 7879, Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.
- 14) Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 1995, expediente 7757. Magistrado Ponente, Juan de Dios Montes Hernández.
- 15) Sección Tercera, Sentencia del 5 de septiembre de 1996, expediente 10265, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.
- 16) Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 1997, expediente 10703. Magistrado Ponente, Juan de Dios Montes Hernández.
- 17) Sección Tercera, providencia del 4 de junio de 1998, expediente 13988. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 18) Sección Tercera, providencia del 6 de agosto de 1998, expediente 14558. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 19) Sección Tercera, Sentencia del 24 de septiembre de 1998, expediente 14821. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 20) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de marzo de 1999, expediente 1172. Magistrado Ponente, César Hoyos Salazar.
- 21) Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, expediente 10196, Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 22) Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente 10264, Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 23) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de noviembre de 1999, expediente 1237. Magistrado Ponente, César Hoyos Salazar.
- 24) Sección Tercera, Sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente 10540. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 25) Sección Tercera, Sentencia del 29 de junio de 2000, expediente 16756. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 26) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de diciembre de 2000, expediente 1293. Magistrado Ponente, Luis Camilo Osorio Isaza.
- 27) Sección Tercera, Auto del 5 de abril de 2001, expediente 18301. Magistrado Ponente, Jesús María Carrillo Ballesteros.
- 28) Sección Tercera, Sentencia del 13 de diciembre de 2001, expediente 19443. Magistrado Ponente, Germán Rodríguez Villamizar.
- 29) Sección Tercera, Sentencia del 20 de junio de 2002, expediente 19488. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.
- 30) Sección Tercera, Sentencia del 11 de diciembre de 2002, expediente 22511. Magistrado Ponente, María Elena Giraldo Gómez.
- 31) Sección Tercera, Auto del 15 de mayo de 2003, expediente 24101. Magistrado Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- 32) Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, expediente 15936. Magistrado Ponente, Ricardo Hoyos Duque.

- 33) Sección Tercera, Sentencia del 12 de agosto de 2004, expediente 21177. Magistrado Ponente, Ramiro Saavedra Becerra.
- 34) Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 2004, expediente 22261. Magistrado Ponente, Germán Rodríguez Villamizar.
- 35) Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 14393. Magistrado Ponente, Germán Rodríguez Villamizar.
- 36) Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 14289. Magistrado Ponente, Ramiro Saavedra Becerra.
- 37) Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2005, expediente 23565. Magistrado Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.
- 38) Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2005, expediente 15011. Magistrado Ponente, Germán Rodríguez Villamizar.
- 39) Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579. Magistrado Ponente, Germán Rodríguez Villamizar.
- 40) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de mayo de 2006, expediente 1748. Magistrado Ponente, Enrique José Arboleda Perdomo.
- 41) Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 30832. Magistrado Ponente, Alier Eduardo Hernández.
- 42) Sección Cuarta, Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente 15542, Magistrado Ponente, Héctor Romero Díaz.
- 43) Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 21574. Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 44) Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009. Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 45) Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667. Magistrado Ponente, Myriam Guerrero de Escobar.
- 46) Sección Tercera, Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252. Magistrado Ponente, Mauricio Fajardo Gómez.
- 47) Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496. Magistrado Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.
- 48) Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 17936. Magistrado Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.
- 49) Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394. Magistrado Ponente, Ruth Stella Corra Palacio.
- 50) Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054. Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 51) Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16367, Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 52) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 29 de noviembre de 2010, expediente 2040. Magistrado Ponente, William Zambrano Cetina.

- 53) Sección Tercera, Sentencia del 26 de julio de 2011, expediente 21318. Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 54) Sección tercera, Sentencia del 30 de marzo de 2011, expediente 20917, Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 55) Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2011, expediente 20273. Magistrado Ponente, Olga Mélida Valle de De La Hoz.
- 56) Sección Tercera, Sentencia del 29 de septiembre de 2011, expediente 19877. Magistrado Ponente, Mauricio Fajardo Gómez.
- 57) Sección Tercera, Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20916. Magistrado Ponente, Olga Mélida Valle de De la Hoz.
- 58) Sección Tercera, Sentencia del 21 de marzo de 2012, expediente 39477. Magistrado Ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- 59) Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 23830. Magistrado Ponente, Stella Conto Díaz del Castillo.
- 60) Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2012, expediente 21430. Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.
- 61) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de octubre de 2013, expediente 2157. Magistrado Ponente, Álvaro Namén Vargas.
- 62) Sección Tercera, Auto del 20 de febrero de 2014, expediente 45310. Magistrado Ponente, Ramiro Pazos Guerrero.
- 63) Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente 28875. Magistrado Ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- 64) Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de junio de 2014, expediente 2164. Magistrado Ponente, Germán Alberto Bula Escobar.
- 65) Sección Primera, Sentencia del 31 de julio de 2014, expediente 00541-01, Magistrado Ponente, María Elizabeth García González.
- 66) Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 26938, Magistrado Ponente, Olga Mélida Valle de De La Hoz.
- 67) Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2015, expediente 32428, Magistrado Ponente, Olga Mélida Valle de De La Hoz.
- 68) Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2015, expediente 38788, Magistrado Ponente, Hernán Andrade Rincón.
- 69) Sección Tercera, Sentencia del 28 de septiembre de 2015, expediente 28915, Magistrado Ponente, Danilo Rojas Betancourth.

- **Laudos**

- 1) Caso CLOUT núm. 104 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1992 (laudo núm. 7197).
- 2) Caso CLOUT núm. 301 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1992 (laudo núm. 7585).

- 3) Fallo del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Federación de Rusia, 23 de noviembre de 1994 (laudo núm. 251/1993).
- 4) Caso Oberster Gerichtshof, Austria, 29 de junio de 1999 cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html#cx>.
- 5) Fallo del Tribunal de Apelación de Turku, Finlandia, 12 de abril de 2002, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/020412f5.htm.
- 6) Caso Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 25 de enero de 2008, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de internet: cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html.
- 7) Arbitramento de Banco Agrario de Colombia Vs. Lifegard Security Ltda., del 12 de septiembre de 2005, árbitros: Isaac Alfonso Devis Granados, Adolfo Urdaneta Weisner y Pedro Nel Escorcia Castillo.

- **Corte Constitucional del Ecuador**

- 1) Sentencia 001-09-SIC-CC, del 13 de marzo de 2009. Juez Constitucional Ponente, Roberto Brhunis Lemarie.

- **Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

- 1) Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 370, del 1 de noviembre de 2012. Juez Ponente, Álvaro Ojeda Hidalgo.

- **Procuraduría General del Estado Ecuador**

- 1) Oficio 12561, del 22 de octubre de 2004.
- 2) Oficio 06452, del 9 de marzo de 2009.
- 3) Oficio 13841, del 5 de mayo de 2010.
- 4) Oficio 16251, del 31 de agosto de 2010.
- 5) Oficio 00400, del 11 de enero de 2011.
- 6) Oficio 01256, del 6 de abril de 2011.
- 7) Oficio 02350, del 17 de junio de 2011.
- 8) Oficio 02400, del 20 de junio de 2011.
- 9) Oficio 04358, del 19 de octubre de 2011.
- 10) Oficio 05179, del 25 de noviembre de 2011.
- 11) Oficio 09269, del 8 de agosto de 2012.
- 12) Oficio 09864, del 21 de septiembre de 2012.

- **Junta Consultiva de Contratación Administrativa, España**

- 1) Informe 6 del 3 de julio de 2001.
- 2) Informe 4 del 12 de marzo de 2004.
- 3) Informe 13 del 7 de junio de 2004.
- 4) Informe 8 del 27 de septiembre de 2012.

- **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, España**

1) Resolución No. 093, del 5 de marzo de 2013.

2) Resolución No. 520, del 14 de noviembre de 2013.

53) Cuerpos normativos:

- **Nacionales**

1) Ley 153 de 1887, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

2) Ley 57 de 1887, sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

3) Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio.

4) Decreto-Ley 150 de 1976, por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

5) Decreto-Ley 222 de 1983, por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

6) Constitución Política de Colombia 1991.

7) Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública.

8) Ley 828 de 2003, por la cual se expiden normas para el Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social.

9) Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

10) Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

11) Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

12) Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

13) Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

14) Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

- **No nacionales**

1) Carta de las Naciones Unidas (San Francisco 1945).

2) Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 17 de diciembre de 1966.

3) Resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI).

4) Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010.

5) Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008, Ecuador.

- 6) Código de las Normas de Control Interno, Ecuador.
- 7) Decreto Ejecutivo 1700 del 12 de mayo de 2009, Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ecuador.
- 8) Decreto Ejecutivo 368 del 27 de junio de 2014, por medio del cual se expedieron las Normas que deberán aplicar, en materia de contratación pública de ejecución de obra a cargo del Servicio Nacional de Contratación de Obras.
- 9) Constitución Política de la República del Ecuador, del 20 de octubre de 2008.
- 10) Ley de Contratación Pública, Codificación, Registro Oficial 272, del 22 de febrero de 2001, Ecuador.
- 11) Decreto Ejecutivo 2822, Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, del 19 de julio de 2002, Ecuador.
- 12) Ley 26850 de 1997, por medio de la cual se expide la Ley de adquisiciones del Estado, Perú.
- 13) Decreto Legislativo 1017 de 2008, Ley de Contrataciones del Estado, Perú.
- 14) Decreto Supremo 184 de 2008, Reglamento de la Ley de Contrataciones, Perú.