

*TESIS*

**“SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL”**



**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**CARLOS JAVIER MORALES CASTRO**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DIRECTOR: CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA**

Bogotá D.C.

Mayo de 2012

**“SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL”**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**2012**



## **RESUMEN**

En el presente proyecto se realizaron cuatro capítulos que corresponden a unos objetivos específicos; en el primer capítulo, se abordó un estudio analítico del origen, definición, características y naturaleza de las multas contractuales y de las cláusulas penales en el derecho privado, el objetivo fijado era establecer un marco teórico que fundamente los capítulos siguientes. Posteriormente, en el segundo capítulo, se realizó una identificación y evaluación del tratamiento que la legislación ha dado a las multas contractuales y cláusulas penales. En el tercer capítulo, se analizó un caso práctico donde se evidencia la dificultad en la aplicación de estas figuras por la Administración Pública, resaltada por la escasa e imprecisa legislación al respecto. Finalmente, en el último capítulo, se enumeraron y desarrollaron la problemática e interrogantes detectados a lo largo del proyecto, con la idea de establecer soluciones a los vacíos o incongruencias encontradas.

## **ABSTRACT**

In this project were made four chapters that correspond to specific objectives, in the first chapter, addressed an analytic study of the origin, definition, characteristics and nature of contractual fines and penalty clauses in private law, the target was to establish a theoretical framework to substantiate the following chapters. Then in the second chapter, we performed an identification and assessment of treatment that Colombian law has given the contractual fines and penalty clauses. In the third chapter, we discussed a scenario where there is evidence of the difficulty in applying these figures by the Public Administration, highlighted by the limited and vague legislation. Finally, in the last chapter, we listed and developed the problem and issues identified throughout the project, with the idea of establishing solutions to the gaps or inconsistencies found.

# CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPITULO PRIMERO - FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS .....</b>	<b>19</b>
<b>1.1. LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA .....</b>	<b>19</b>
1.1.1. Características generales y su tratamiento en Colombia. ....	20
1.1.2. La cláusula penal pecuniaria en el derecho privado comparado. ....	30
a. Francia.....	30
b. España .....	33
c. Alemania .....	35
d. Argentina.....	35
e. Bolivia.....	36
f. Costa Rica .....	38
g. México.....	39
<b>1.2. LA MULTA CONTRACTUAL .....</b>	<b>41</b>
<b>1.3. SIMILITUDES .....</b>	<b>46</b>
<b>1.4. DIFERENCIAS .....</b>	<b>47</b>
<b>1.5. LAS SANCIONES PECUNIARIAS Y SUS DIFERENCIAS CON LAS PENAS O SANCIONES EN EJERCICIO DEL “PODER DE POLICÍA”. .....</b>	<b>48</b>
<b>1.6. LA CLÁUSULA PENAL, APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN COMO CLÁUSULA EXORBITANTE .....</b>	<b>50</b>
1.6.1. UNA MIRADA SUCINTA EN DERECHO COMPARADO. ....	50
a. Francia.....	50
b. España. ....	54
c. Alemania. ....	61
d. Brasil. ....	64
1.6.2. EL CASO COLOMBIANO .....	68
a. Las penalidades contractuales como cláusulas exorbitantes. ....	74
b. Las penalidades contractuales como expresión de la autonomía de la voluntad.....	78

## **CAPÍTULO SEGUNDO - LAS CLÁUSULAS DE SANCIÓN PECUNIARIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA.....86**

<b>2.1</b>	<b>EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS .....</b>	<b>86</b>
<b>2.2</b>	<b>LEY 53 DE 1909.....</b>	<b>87</b>
<b>2.2.</b>	<b>EL DECRETO 150 DE 1976 .....</b>	<b>88</b>
<b>2.3.</b>	<b>EL DECRETO 222 DE 1983 .....</b>	<b>90</b>
<b>2.4</b>	<b>LA LEY 80 DE 1993.....</b>	<b>93</b>
2.4.1.	Posición inicial del Consejo de Estado.....	94
2.4.2.	Primer Cambio Jurisprudencial.....	94
2.4.3.	Segundo Cambio Jurisprudencial.....	100
<b>2.5</b>	<b>LA LEY 1150 DE 2007.....</b>	<b>105</b>
<b>2.6</b>	<b>EL DECRETO 2474 DE 2008 .....</b>	<b>110</b>
<b>2.7</b>	<b>LA LEY 1474 DE 2011. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN. ....</b>	<b>111</b>
<b>2.8.</b>	<b>EL DECRETO 734 DE 2012. ....</b>	<b>114</b>

## **CAPITULO TERCERO - EL CASO METROLÍNEA. PROBLEMA PRÁCTICO DE LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS BAJO LA NORMATIVIDAD ACTUAL .....117**

<b>3.1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>118</b>
<b>3.2.</b>	<b>CONSIDERACIÓN PREVIA. ....</b>	<b>118</b>
<b>3.3.</b>	<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES .....</b>	<b>119</b>
<b>3.4.</b>	<b>EXPOSICIÓN DEL CASO .....</b>	<b>119</b>
<b>3.5.</b>	<b>LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO. LA EVIDENCIA DE LOS ABUSOS POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.....</b>	<b>129</b>
<b>3.6.</b>	<b>COMENTARIO DEL CASO EXPUESTO.....</b>	<b>134</b>

## **CAPITULO CUARTO - LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL .....149**

<b>4.1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>149</b>
<b>4.2.</b>	<b>LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMO POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN.....</b>	<b>149</b>
<b>4.3.</b>	<b>PROBLEMÁTICA DE APLICABILIDAD Y DEBIDO PROCESO. ....</b>	<b>152</b>

<b>4.4. LA CAPACIDAD COACTIVA DEL ENTE PÚBLICO A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA PENAL. ....</b>	<b>156</b>
<b>4.5. EL PODER ABSOLUTO DE LA ADMINISTRACIÓN.....</b>	<b>158</b>
<b>4.6. POSIBLE DESAMPARO DEL CONTRATISTA CON LA ACTUAL NORMATIVA. ....</b>	<b>159</b>
<b>4.7. INTERPRETACIÓN O ALCANCE DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS .....</b>	<b>160</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>162</b>
<b>A. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL Y LA MULTA CONTRACTUAL.....</b>	<b>162</b>
<b>B. LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMO CLÁUSULAS EXORBITANTES. ...</b>	<b>164</b>
<b>C. LAS SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. ....</b>	<b>165</b>
<b>D. PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....</b>	<b>168</b>
<b>E. PROPUESTAS FRENTE A LA PROBLEMÁTICA EXPUESTA.....</b>	<b>169</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>173</b>

## INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es toda la actividad contractual desplegada por las Entidades Estatales con el fin de lograr el cumplimiento de los fines de la Administración, así como para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a los administrados. De conformidad con esta definición y considerando que en dicha actividad contractual concurren personas naturales o jurídicas del derecho privado como colaboradoras del sector público, se puede afirmar que la contratación estatal se configura en una de las más importantes formas de manifestación de la Administración, no solo por la cantidad de recursos estatales que la misma requiere y destina, sino dado que dicha actividad contractual incita a la creación de lazos bilaterales entre Estado, empresas y personas naturales, generando empleo directo y siendo un instrumento válido para el desarrollo y modernización de la infraestructura, la sistematización y la capacitación.

De este modo, la contratación estatal se traduce en un beneficio para la sociedad en términos generales, y por lo tanto, en una de las más efectivas herramientas que posee el Estado para emprender la búsqueda de sus fines esenciales.

Debe señalarse que tal como ocurre en la contratación privada, la contratación estatal genera obligaciones y derechos correlativos con un sometimiento del negocio jurídico a las disposiciones y principios del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los contratos civiles, en donde el factor concluyente de la determinación de las obligaciones recíprocas es la autonomía de la voluntad, las obligaciones y derechos –y potestades- contractuales de las Entidades Estatales se encuentran no solo determinadas, sino especialmente protegidas en la Ley, principalmente en la Ley 80 de 1993 -Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- así como en sus modificaciones y reglamentaciones, razón por la cual, dichas disposiciones serán la base de la mayoría de aspectos y principios que serán comentados para realizar una introducción apropiada a la temática de estudio.

Adicionalmente, en vista que la actividad contractual del Estado tiene una finalidad definida en procura del interés general, la Ley ofrece a la Entidad contratante una capacidad amplia de supervisión e inspección sobre el contratista con el fin de garantizar el efectivo

cumplimiento del servicio o producto contratado, capacidad que se legitima en el bien común y que podríamos resumir conforme a lo relacionado en el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993, así: (a) exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, (b) adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, (c) solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, (d) realizar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, (e) exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias y (f) adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

Por otro lado, como expresión del derecho público como régimen especial de estos contratos, la Ley le otorga a las Entidades Estatales unas potestades excepcionales representadas en cláusulas contractuales denominadas cláusulas exorbitantes, las cuales le permiten, entre otras cosas, interpretar, modificar e incluso terminar unilateralmente el contrato.

Es importante resaltar que aunque los procesos de celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal se encuentran regulados y determinados en la legislación, es la misma Ley quien se encarga de reconocer dentro de un marco jurídico específico, e incluso privilegiar, la autonomía de la voluntad dentro de la contratación pública, pues de manera incuestionable, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte del ente estatal en la actividad contractual consiste en el único mecanismo que le permite adecuarse y comportarse de manera eficiente a las necesidades reales que surgen en su práctica. Esta afirmación encuentra especial sustento en lo preceptuado por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en donde textualmente se establece que *“las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la*

*ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.*

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la contratación estatal se encuentra en una dicotomía entre normas públicas y privadas que contienen sus directrices, pues si bien la Ley establece la finalidad de la actuación contractual del Estado y contiene normas que permiten encaminarla de manera exclusiva hacia la satisfacción de los cometidos inherentes al Estado y al cumplimiento de las finalidades que la Ley y la Constitución le imponen – derecho público-, por otro lado, dicha actuación debe también amoldarse a necesidades específicas y prácticas, protegiendo los derechos de los particulares que colaboran prestando sus servicios dentro de un contrato bilateral y oneroso, y por tanto, haciendo necesaria la aplicación de normas del derecho común. Esta dualidad normativa necesaria, que permite incluso sostener que debe acercarse el contrato estatal al privado antes que separarlo, se traduce también en una doble posibilidad de la Administración para asegurar la ejecución de sus negocios jurídicos. pues independientemente del control y dirección plenos que la Ley le otorga mediante las facultades exorbitantes o extraordinarias que ya mencionamos, la Entidad contratante puede también utilizar los mecanismos permitidos en el derecho común para asegurar y apremiar el cumplimiento, así como para indemnizar los perjuicios causados por la falta del mismo.

El numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 establece que las entidades *“adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”* de donde puede inferirse la posibilidad que existe para la administración de incluir “sanciones” con el objetivo de garantizar el buen cumplimiento del contrato, sin embargo, la norma al hablar de su cobro y de su carácter pecuniario, se refiere claramente a las sanciones de carácter patrimonial, o más específicamente, a la cláusula penal pecuniaria y a la multa contractual.

De manera general, podemos indicar que tanto la cláusula penal como la multa contractual, son figuras del derecho privado que se incluyen en el clausulado del contrato por voluntad de las partes –obviando que el contrato estatal es de adhesión-, sin embargo, en vista que existen prerrogativas especiales a favor de la Entidad que le permiten superar los límites de las normas comunes, y considerando –especialmente- la escasa regulación

normativa de estas figuras en la contratación estatal, el tema de la naturaleza y aplicación de las mismas en los contratos celebrados por la entidades del Estado no ha sido pacífico.

En un principio, bajo la potestad expresa otorgada por el Decreto 222 de 1983, donde se encontraban también las actuales cláusulas exorbitantes, las entidades estatales podían declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos e imponer las multas, o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria según fuera el caso concreto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este Decreto consagraba un doble régimen en la contratación estatal, el del derecho privado y el del derecho público, situación que permitía fácilmente diferenciar los contratos de derecho privado de la administración y los contratos administrativos propiamente dichos, además, a diferencia de la normatividad actual, regulaba expresamente las cláusulas penales y de multas como verdaderas cláusulas exorbitantes. En este orden de ideas, en los contratos administrativos además de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria se utilizaba expresamente el concepto “imponer”, esto significaba que al ejercer estas potestades la Administración se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista, y que por lo tanto, en forma unilateral, lo obligaba al pago del valor de tales penas sin intervención jurisdiccional. Los contratos de derecho privado por su parte, necesitaban la declaración judicial del incumplimiento, pues la cláusula penal era tomada eminentemente como una convención o pacto con fundamento en la autonomía de la voluntad de ambos extremos contratantes, adicionalmente, la figura era concebida en la situación real de igualdad que predica el régimen civil.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 unificó en una sola categoría jurídica la totalidad de contratos estatales pero no incluyó regulación alguna sobre las multas y la cláusula penal pecuniaria, circunstancia de donde se desprendieron dos consecuencias importantes: la primera, consiste en que si en un contrato se estipulan cláusulas con esta denominación no existe una referencia expresa en esta normativa para su interpretación, y por lo tanto, la definición y sus efectos deberán descifrarse analógicamente de las normas del Código Civil o del Código del Comercio según el objeto y clase del contrato. La segunda, es que la potestad o poder exorbitante de declaración unilateral de incumplimiento desapareció – inicialmente- como posibilidad autónoma durante la vida del contrato y su vencimiento, y

por lo tanto, la administración no podría declarar dicho incumplimiento teniendo que acudir al juez del contrato para ello. Esta circunstancia generó una serie de posiciones encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien finalmente, mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló que la administración debía acudir a la jurisdicción para que el juez del contrato declarara el incumplimiento y exigir posteriormente la cláusula penal, pero, con excepción de los casos en que se hubiese efectuado la declaratoria de caducidad.

Posteriormente, la Ley 1150 de 2007, textualmente dispuso que las autoridades administrativas “*tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones... Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*”, disposición que solucionó el debate generado decretado expresamente la potestad de las entidades públicas para imponer unilateralmente las sanciones contractuales, sin embargo, no estableció el mecanismo para imponerlas ni profundizó respecto a su naturaleza, dejando a las sanciones pecuniarias convencionales, propias de los contratos privados que se fundamentan en la autonomía de la voluntad, en la igualdad de las partes y con distintas modalidades y consecuencias, dentro de un sistema contractual con principios y necesidades diferentes que aunque las reconoce y otorga potestades sobre ellas, no se detiene a definir su naturaleza ni a regular de manera clara su aplicación, circunstancia que en todo caso no consideramos resuelta por la Ley 1474 de 2011 ni el Decreto 734 de 2012.

Buscando un posible acercamiento a la naturaleza de las sanciones objeto de este escrito, podemos señalar -frente al derecho comparado- que en la normativa francesa la cláusula se representa como una estipulación que busca tasar de manera anticipada los perjuicios que el incumplimiento pudiere causar, regulada en los artículos 1226 a 1233 del Código Civil. En España se establece en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil, donde cumple un papel sustitutorio de la indemnización de daños con la función de repararlos a través de una sanción pecuniaria, con la particularidad de que los contratantes pueden pactar lo contrario. Además, tal como acontece en nuestra legislación, el artículo 1154

confiere al juez la potestad de modificar la pena cuando la obligación haya sido cumplida de forma irregular o parcial.

Por su parte en Alemania se diferencia la naturaleza de la cláusula penal en función del nivel de incumplimiento por el contratado, determinada la cláusula entonces por el grado de cumplimiento de la obligación principal. En el caso de Argentina, la figura se asimila a la legislación española, la cual dispone que el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso que expresamente se hubiese reservado este derecho y con el mismo planteamiento de una doble función, con base a que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

En el artículo 532 del Código Civil de Bolivia se establece que la ejecución de la pena suple el resarcimiento judicial, de tal forma que el acreedor no podrá solicitar más indemnización que la cláusula penal establecida en el contrato generador de la obligación incumplida, así mismo, le impide exigir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, a no ser que ésta hubiera sido estipulada por el simple retraso, poniendo fin a la obligación principal, y que la cláusula penal hubiera sido insertada en el contrato por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Así mismo, en el artículo 534 establece que la pena por incumplimiento de la obligación principal, no podrá ser más onerosa que el valor de su cumplimiento, lo que establece un límite a la cuantía de la pena de forma imprecisa.

En la legislación costarricense, se establece que la cláusula sirve para establecer una pre tasación de los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal, y expresa que la nulidad de la obligación principal provoca la finalización de la cláusula penal, pero no de manera inversa. En otro de sus artículos (711), se establece que en caso de no existir pacto previo, el acreedor puede solicitar el cumplimiento de la obligación o la sanción pecuniaria, pero no las dos. En todo caso, en el evento en que se incline por solicitar la pena, esta no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, mientras que en los casos en que es posible el reclamo de

la obligación principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquella.

México reconoce la posibilidad de utilizar la cláusula penal con el fin de indemnizar el incumplimiento de la obligación principal del contrato, enfatizando en que la nulidad del contrato conlleva necesariamente la de la cláusula penal, pero bajo ningún concepto la nulidad de la pena conlleva la de la obligación principal, lo cual constituye un elemento común a otras de las revisiones del derecho comparado.

Es importante precisar que la cláusula penal en función de apremio y la multa contractual buscan siempre sancionar el incumplimiento con el fin de evitar su acaecimiento, por lo tanto, consisten en una verdadera pena que castiga el incumplimiento con el fin de obligar al deudor a llevar a buen fin el objeto del contrato. En este sentido y en tanto de las sanciones impuestas surge una obligación dineraria diferente a la que se origina de las obligaciones contractuales propiamente dichas, resulta importante determinar la modalidad de sanción que se aplica y su concurrencia con otras, de tal forma que se logre asegurar que contienen una causa y finalidad distinta para evitar incurrir en una doble sanción por un mismo hecho. Así mismo, dado que en un caso de aplicación de estas sanciones el contratista sigue obligado a cumplir el contrato y a pagar el monto adeudado por la aplicación de la sanción, es indiscutible la necesidad de asegurar e instaurar que las mismas sean pactadas en condiciones que permitan asegurar la consecución de su finalidad esencial, pues de lo contrario, es evidente que la alteración patrimonial de un extremo contractual podría ser un factor contraproducente para lograr el cumplimiento de un negocio jurídico.

De esta forma, si bien las facultades otorgadas por la Ley 1150 de 2007 a la Administración son plenamente concordantes con el deber de cobro de las sanciones contenidas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 (supra 4º), inscribiéndose en la misma lógica del Estatuto Contractual sobre deberes y responsabilidades de los contratistas (Art.5), en la práctica llegan a confundirse las dos figuras –multa contractual y cláusula penal-, en su origen, naturaleza, aplicación y finalidad, especialmente con ocasión de la escasa regulación de la Ley 80 de 1993 -salvo algunas alusiones aisladas (Art. 4 n.2, Art. 7 n.2, Art. 18, Art. 22, Art. 31, Art. 62)- . Así las cosas, ante la inexistencia de una naturaleza,

finalidad o función establecida legalmente para estas estipulaciones, y frente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, el nuevo estatuto anticorrupción –Ley 1474 de 2011- y el Decreto 734 de 2012, que dotan claramente a la administración de la prerrogativa de imponerlas unilateralmente, mutando, posiblemente, la sanciones de origen convencional a cláusulas exorbitantes, consideramos necesario el fundamento del presente estudio, el cual, pretende analizar la problemática actual del tema y que podríamos sintetizar en las siguientes preguntas:

¿Son ambas figuras, en sus diversas modalidades, compatibles dentro de una misma relación contractual, o por el contrario, serian incompatibles por sancionar de forma repetida un mismo hecho, siendo por tanto inconstitucionales?

¿Se desnaturalizan estas cláusulas en la contratación estatal, considerando especialmente, que si bien tienen origen convencional, y aun cuando no se encuentran taxativamente señaladas como exorbitantes en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la entidad puede decretar unilateralmente el incumplimiento y hacerlas exigibles?

¿A estas cláusulas se les debe aplicar la naturaleza que tienen definida jurisprudencialmente –ante la inexistencia de una verdadera definición legal- , o en vista de que son convencionales, se le debe dar primacía a la autonomía de la voluntad?

¿Si bien en la aplicación de estas sanciones debe respetarse el debido proceso, es ello posible considerando que la entidad es juez y parte, que no existe un procedimiento legal que permita incluya la participación de un tercero imparcial, ni la posibilidad de esclarecer y definir temas técnicos y científicos fundamentales que muchas veces son desconocidos por la entidad contratante?

¿Dotar a la administración pública de la potestad de imponer estas sanciones y de declarar unilateralmente el incumplimiento, es realmente una herramienta eficiente para granizar la ejecución de los contratos estatales, acorde a los postulados y principios constitucionales?

Realizada la lectura de las preguntas que conforman el planteamiento del problema, se evidencia que el presente proyecto se justifica por válidas razones, puesto que

consideramos se hace necesario identificar la naturaleza, origen y aplicación de las cláusulas penales y de las multas contractuales, de tal forma que pueda generarse una mayor seguridad jurídica para los contratistas que establezcan relaciones con el Estado y fortaleciendo este instrumento de la Administración que genera crecimiento a nivel de infraestructura y servicios en el País.

Igualmente, resulta fundamental dilucidar si las sanciones “convencionales” tienen realmente esa naturaleza en la contratación pública y por lo tanto deben aplicarse bajo las reglas de la autonomía de la voluntad, o si por el contrario, consisten en una verdadera potestad o prerrogativa del Estado. Además, es importante encontrar si tales figuras son necesarias o incluso adecuadas para cumplir los objetivos de la administración.

Para la realización de la presente tesis, se proponen cuatro capítulos que corresponden a unos objetivos específicos: en el primer capítulo, se abordará un estudio analítico del origen, definición, características y naturaleza de las multas contractuales y de las cláusulas penales en el derecho privado, el objetivo es establecer un marco teórico que fundamente los capítulos siguientes. Posteriormente, en el segundo capítulo, se realizará una identificación y evaluación del tratamiento que la legislación colombiana ha dado a las multas contractuales y cláusulas penales. En el tercer capítulo, se analizará un caso práctico donde se evidencia la dificultad en la aplicación de estas figuras por la Administración Pública, resaltada por la escasa e imprecisa legislación al respecto. Finalmente, en el último capítulo, se enumerarán y desarrollarán la problemática e interrogantes detectados a lo largo del proyecto, con la idea de establecer soluciones a los vacíos o incongruencias encontradas.

Por tanto, el objetivo principal del presente proyecto es el análisis de las sanciones pecuniarias en la contratación estatal: la inclusión y aplicación de las multas contractuales y cláusulas penales en la actualidad, para lo cual, se pretenden adelantar las siguientes actividades de cara al cumplimiento del objeto principal:

- Identificar el origen, definición, características y naturaleza de las multas contractuales y de las cláusulas penales en el derecho privado.

- Analizar el tratamiento de las multas contractuales y las cláusulas penales en las normas colombianas relativas a la contratación pública a través del tiempo.
- Efectuar la revisión y estudio de un caso práctico para detectar las inconsistencias e indebidas aplicaciones de las sanciones pecuniarias por parte de la administración.
- Identificar la problemática actual en la aplicación de las sanciones pecuniarias por parte de la administración.
- Elaborar unas conclusiones adecuadas del tema estudiado.

Para alcanzar un adecuado cumplimiento de los objetivos propuestos en este estudio, la orientación metodológica se basó en dos elementos fundamentales, el primero de ellos, correspondiente al análisis jurídico de la naturaleza y alcances de las sanciones pecuniarias aplicadas, para ello, se realizó un estudio conjunto de la doctrina administrativa, la Jurisprudencia y de la legislación vigente. En segundo lugar, se adelantó la revisión de un caso práctico que comprende la relación contractual entre VARGAS VELANDIA LTDA. y la Entidad pública METROLÍNEA S.A., desde el cual pudimos identificar la problemática actual y real en la aplicación de las sanciones pecuniarias.

Además de utilizar un método investigativo como el descrito, se realizó un análisis de la información recolectada a través de diferentes fuentes bibliográficas que se especifican en el título correspondiente.

## CAPITULO PRIMERO

### FUNDAMENTO HISTÓRICO Y TEÓRICO DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS

Dentro de las sanciones pecuniarias pactadas en las relaciones contractuales con el fin de garantizar el cumplimiento de su objeto, y de las cuales hacíamos alusión en la parte introductoria de este estudio, se encuentran principalmente la cláusula penal pecuniaria y la multa contractual, figuras que si bien en principio parecen contener una idéntica naturaleza, una vez estudiadas, se evidencia que las mismas poseen características propias que permiten diferenciarlas y que nos proponemos definir a continuación.

#### 1.1. LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

El término cláusula penal surge<sup>1</sup> de la denominada *stipulatio poenae*<sup>2</sup> romana, concepto que pertenecía a la clase de convenios verbales realizados a través de una *stipulatio*, que era básicamente, la forma utilizada para dotar de acción al acreedor en contra del deudor, y por lo tanto, la piedra angular del sistema contractual romano en sus orígenes.<sup>3</sup> El *Corpus Iuris Civile* compilado por Justiniano a mediados del siglo VI d.C., contiene en efecto referencias a esta clase de estipulación, la cual se entendía como una obligación accesoria que producía efectos en caso de incumplimiento de la obligación principal – por lo tanto también de manera condicionada-<sup>4</sup> y con una finalidad eminentemente compulsiva<sup>5</sup>, esto quiere decir, que la intención de esta figura en su

---

<sup>1</sup> CASTÁN, José María. Derecho Civil. 1958. Pág. 132

<sup>2</sup> ARIAS RAMOS, José. Derecho Romano. 1960. Pág. 91

<sup>3</sup> BIONDI, Biondo, *Contratto Stipulatio*. Editore A. Giuffrè. 1953. Pág. 26. “*La stipulatio es una de las creaciones más brillantes, tal vez la obra maestra del espíritu legal latino*”; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Oxford. 1996. Pag.68 “*The stipulation was one of the most important and original creations of Roman law*”.

<sup>4</sup> GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo I. 1889. Pág. 354. PAULO (*Sentencias, libro 1*): “*Al pacto convenido suele en verdad agregarse la estipulación Aquiliana; pero es más favorable añadirle también una estipulación penal, porque si acaso se hubiere rescindido el pacto, puede pedirse la pena en virtud de lo estipulado.*” Puede deducirse el carácter accesorio de la estipulación por el término “añadirle” en la sentencia de PAULO, adicionalmente, HERMOGENIANO (*Epitome del Derecho, Libro 1*) dice que “*El que quebranta la fe de una transacción lícita, no tan sólo será repelido por la excepción, sino que también será obligado a pagar la pena que debidamente había prometido al estipulante quedando válido el pacto, si hubiere obrado contra lo convenido*” de donde se desprende que la misma es condicional, toda vez que opera únicamente en el hecho futuro incierto de que el deudor “*hubiere obrado contra lo convenido*”.

<sup>5</sup> ADAME GODDARD, Jorge. Los Pactos en las “Sentencias de Paulo” (Análisis del título 1 del libro primero) IJ-UNAM. 2009. Págs. 14 y 15. El carácter compulsivo de la cláusula penal en el derecho romano es indiscutible, no solo por su evidente determinación como una sanción o pena, sino porque la misma se pactaba como garantía del cumplimiento, posición adoptada por doctrinantes como ADAME GODDARD, quien en un estudio de las sentencias de PAULO en el digesto señala lo siguiente: “*A este tipo de convenio se refieren rescriptos de Alejandro Severo (CJ 2,4,3 [223] y 4 [226]) y de Diocleciano (CJ 2,4,15 [290] y 32 [294]). Para convenir de este modo, es aconsejable (consultius*

concepción originaria, consistía en castigar la infracción del incumplimiento para prevenir que alguna de las partes incurriera en el mismo<sup>6</sup>.

Esta aseveración es confirmada por PETIT, quien en su tratado de derecho romano manifiesta *que la stipulatio poenae tiene por objeto obligar al deudor a pagar una cantidad determinada para el caso en que la prestación debida no fuera efectuada al vencimiento.*<sup>7</sup>

Sin embargo, este carácter conminatorio o apremiante de la cláusula penal sufriría variaciones a través del tiempo, por lo que, como explica PEIRANO FACIO<sup>8</sup>, *la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas.* Con base en esto, y aunque el presente estudio no tiene por finalidad efectuar un análisis escrupuloso de la cláusula penal, consideramos adecuado abordar de manera sucinta la figura en el derecho colombiano y en otras legislaciones con el fin de establecer una definición adecuada de la misma.

### **1.1.1. Características generales y su tratamiento en Colombia.**

El Código Civil de Colombia establece en el artículo 1592 la definición de la cláusula penal en los siguientes términos:

*“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*<sup>9</sup>

De esta forma, el código civil colombiano entiende la cláusula penal como una “coacción” económica que se ejerce sobre el deudor para inducirlo a cumplir la

---

*como dice la sentencia) que el actor se asegure de que la otra parte cumplirá lo convenido, sea mediante una estipulación de hacer lo convenido, sea una estipulación de pagar una pena si no lo hace. Parece que llegó a preferirse la garantía de la estipulación penal, según dice un rescripto de Diocleciano (CJ 2, 4,37 [294]), que señala como algo establecido que si no se cumplen las “promesas de una transacción” se puede exigir la pena comprendida en una estipulación.”*

<sup>6</sup> LOBATO, Jesús María. La cláusula penal en el derecho español”. 1974. Pág. 75

<sup>7</sup> PETIT, Eugene. TRATADO DE DERECHO ROMANO. 1987. Pág. 115

<sup>8</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Editorial Temis. 1982. Pág. 105.

<sup>9</sup> Artículo 1592 del Código Civil de Colombia

prestación<sup>10</sup>, es decir, aparece como una verdadera sanción, castigo o pena, pues busca en últimas crear una presión en la conducta del deudor en orden a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, esto, de conformidad con el origen histórico de la figura. Esta primera función o naturaleza de la cláusula tiene como consecuencia, entre otras, que la pena sería exigible junto con la indemnización de perjuicios e incluso con el cumplimiento de la obligación principal,<sup>11</sup> pues lo que se requiere del incumplido es una sanción, o una multa propiamente dicha e independiente a los daños o perjuicios que su incumplimiento eventualmente haya causado a la contraparte.

Como lo explica SUESCÚN, en este caso la cláusula penal se pacta “*sin perjuicio de que el deudor cumpla la obligación principal e indemnice los perjuicios, lo que significa que dicha multa se adiciona o acumula con los otros conceptos, pues no los reemplaza*”<sup>12</sup>.

Ahora bien, no obstante la clara redacción del Artículo 1592 que indica una naturaleza de apremio o pura<sup>13</sup> de la cláusula penal pecuniaria al coincidir con su origen etimológico y práctico, el Artículo 1600 de la misma codificación dispone que “*No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena*”, abandonando de esta forma la concepción de la cláusula penal como coacción económica que se ejerce sobre el deudor para inducirlo a cumplir la prestación, es decir, sancionatoria, para pasar a entender la misma como indemnizatoria o resarcitoria, razón última y fundamento del Artículo 1600 de acuerdo a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, quienes sostienen que el acreedor no puede pedir a la vez la indemnización compensatoria y la pena estipulada para satisfacer una indemnización de la misma índole<sup>14</sup>, porque si así fuera, evidentemente se propiciaría un enriquecimiento indebido a su favor y en contra del deudor<sup>15</sup>.

Siguiendo este lineamiento y para una mayor comprensión de este punto, donde el artículo 1600 permite inferir el abandono de la concepción clásica o pura de la cláusula

---

<sup>10</sup> SUESCÚN, Jorge. Derecho Privado: Estudios sobre Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. 2005. Pág. 43.

<sup>11</sup> VALENCIA, Zea. *Derecho Civil*, Derechos Reales. Tomo. II, 10ª ed., Editorial Temis S.A., Bogotá. 1996.

<sup>12</sup> IBÍDEM

<sup>13</sup> TRIMARCHI, Michele. *La Clausola Penale*. 1970. Pág. 11.

<sup>14</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *La Cláusula Penal*. 1964. Pág. 27

<sup>15</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 7320. MP. Silvio Fernando Trejos. Junio 2002.

penal para pasar a entenderla como fundamentalmente indemnizatoria –concepción de origen francés-, conviene desmembrar las hipótesis contenidas en el citado artículo de la siguiente forma:<sup>16</sup>

- Si las partes lo establecen de forma expresa e inequívoca en el contrato, el acreedor puede solicitar la pena y la indemnización de perjuicios, es decir, que la cláusula penal mantendría una función de apremio o sanción, distinta a la remuneración por los perjuicios causados, siendo por lo tanto viable la acumulación de ambas pretensiones por encontrar su exigibilidad en causas distintas.<sup>17</sup>
- Si las partes guardan silencio respecto a la exigibilidad de la cláusula penal junto con la indemnización de perjuicios, la norma establece que el acreedor solo podrá solicitar una de ellas, es decir, se entiende la cláusula penal como una indemnización anticipada de perjuicios, por lo que no podrán acumularse ambas pretensiones al encontrar su exigibilidad en la misma causa o fundamento.<sup>18</sup>
- Dicho lo anterior, es claro que al exigirse un pacto expreso que permita otorgarle el carácter de apremiante o sancionatorio a la cláusula penal, se está señalando que ésta es su naturaleza excepcional por voluntad de los contratantes, mientras que la misma, entendida como tasación anticipada de perjuicios, consiste en su carácter general, dado que es la connotación y naturaleza que se le da por mandato legal supliendo incluso el silencio de las partes al respecto.<sup>19</sup>

Así las cosas, es clara la acepción indemnizatoria que le otorga nuestro sistema jurídico a la cláusula penal de manera general o principal, posición que si bien es la más alejada de su condición originaria, es la postura adoptada por gran número de autores como LACAZE, DIEZ-PICASO y CLARO SOLAR, quienes aseguran que el carácter penal de dicha cláusula solo tiene una connotación puramente histórica<sup>20</sup> pues la naturaleza de la

---

<sup>16</sup> MALLANA ERNESTO, "La ausencia de estudios previos es una causa imputable a la administración que genera desequilibrio económico en los contratos administrativos y su nulidad." En: Colombia. 2001. *Evento: I Jornadas de derecho constitucional y administrativo. Ponencia: Libro I. Jornadas De Derecho Constitucional Y Administrativo. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.* Págs. 114 - 118

<sup>17</sup> ORLANDO J. Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tercera Edición. 2010.

<sup>18</sup> REYES, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia. 2007.

<sup>19</sup> RICO LUIS A, Teoría general y práctica de la contratación estatal, Edición: 6ª ed., Año: 2009. Pág. 59 - 71

<sup>20</sup> LACAZE. De la nature de la stipulatio de peine en Droit Romain, Paris, 1889.

misma, se entiende ya no como una pena privada, sino como una convención accesoria<sup>21</sup> que determina y liquida de antemano los daños y perjuicios de un eventual incumplimiento<sup>22</sup>, postura que coincide también con la adoptada por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado conforme a diversos pronunciamientos respecto a esta figura<sup>23</sup>.

Ahora bien, debe decirse que sin perjuicio de lo anterior, tales disposiciones no indican una verdadera controversia respecto a la naturaleza de la cláusula penal, sino que permiten concluir una doble función de la misma, la cual es claramente aceptada por nuestra normatividad dependiendo del querer de las partes, razonamiento también respaldado por el artículo 949 del Código de Comercio donde se dispone que *cuando se estipule que el comprador, en caso de incumplimiento, pierda la parte pagada del precio por concepto de perjuicios, pena u otro semejante, se entenderá que las partes han pactado una cláusula penal, sujeta a la regulación prevista en el artículo 867.*

En este mismo sentido y permitiendo inferir el carácter general indemnizatorio de la cláusula penal, se encuentra el artículo 1594 del Código Civil, quien plantea la posibilidad de exigir la cláusula penal junto con el cumplimiento de la obligación principal, en los siguientes términos:

*ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.*

---

<sup>21</sup> DÍEZ-PICASO, Luis. El contenido de la relación obligatoria. 1964. Pág. 573.

<sup>22</sup> CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. 1968. Págs. 505 y 508.

<sup>23</sup> El Consejo de Estado explica que *“Frente a cualquier duda que se pueda tener sobre el contenido tanto de la norma como de la cláusula previamente transcritas, en el sentido de que se trata de un ‘pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados’ es necesario establecer que lo parcial hace alusión precisamente a que la cláusula penal constituye una tasación anticipada y preliminar de los perjuicios que se puedan causar por los incumplimientos de la obligación contractual”*. Auto del 28 de octubre de 2004, Exp. 22261.

De esta forma, el artículo transcrito reafirma el carácter indemnizatorio por regla general de la cláusula penal, desvirtuando la posibilidad –salvo pacto en contrario- de exigir el cumplimiento de la obligación principal y la pena, puesto que si ésta última tiene una naturaleza resarcitoria del incumplimiento, no tendría sentido que la misma fuera exigible cuando en efecto la obligación principal se cumplió, lo anterior, en plena concordancia con lo establecido en el Artículo 1613 de la misma codificación donde claramente se establece que *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”*

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que no existe duda respecto a la aceptación por nuestra legislación de una función ambivalente de la cláusula penal, como tasación anticipada de perjuicios, o bien como verdadera sanción con carácter impulsivo o de apremio, concepciones que han sido aceptadas por numerosas legislaciones pero estableciéndose una prevalencia de su sentido natural de acuerdo a los distintos momentos y doctrinantes que han realizado su estudio.

Es así como para CASTÁN y en general para los doctrinantes españoles, la función coercitiva o de garantía se puede considerar la más general, normal y típica de la cláusula penal<sup>24</sup>, a diferencia de nuestra legislación, donde para BOHÓRQUEZ y de acuerdo a lo ya analizado, la cláusula penal es una estimación anticipada de los perjuicios que puede sufrir una de las partes por el retardo en la ejecución de la prestación o el definitivo incumplimiento de la obligación, es más, enérgicamente afirma que aunque algunos autores insisten que en nuestro derecho la cláusula penal es una pena o sanción precisamente porque se puede pactar que lo sea<sup>25</sup>, para él, tal observación demuestra exactamente lo contrario: no lo es, a menos que se pacte.<sup>26</sup> Y es que en nuestro ordenamiento jurídico es lo que puede inferirse del citado artículo 1600, pues se establece como regla general y como presunción la inclusión del pacto como tasación anticipada de perjuicios, quedando la posibilidad de otros alcances supeditada a la voluntad de las partes.

---

<sup>24</sup> CASTÁN, José María. Derecho Civil. 1958. Pág. 132

<sup>25</sup> SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado*. Estudios De Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara De Comercio De Bogotá. Universidad De Los Andes. 1996

<sup>26</sup> BOHÓRQUEZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. 2004.

De acuerdo a lo anterior, encontramos que es clara la acepción dualista que contiene la figura en estudio y sus correspondientes consecuencias, acepción que en nuestra legislación consideramos se encuentra suficientemente esclarecida con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, cuando de forma clara y precisa ha determinado lo siguiente:

*“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.”<sup>27</sup>.*

Por lo tanto, y salvo pacto en contrario, no se podrá solicitar la cláusula penal y la indemnización, y de haber pactado tal posibilidad, se deberá diferenciar de forma clara el pago de uno y otro concepto.

Por último, se podría hablar de una tercera modalidad aceptada por distintos autores e incluso establecida por algunos sistemas jurídicos, modalidad que podemos denominar como “de garantía”, puesto que si bien la función de apremio ya explicada funciona como

---

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Mayo de 1996. Expediente 4607. MP. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO.

verdadera garantía de una obligación principal, en este caso nos referimos cuando un tercero es quien respalda la obligación. SUESCÚN sostiene al respecto, que puede predicarse que la cláusula opera en verdad como garantía por cuanto otro patrimonio viene a respaldar los compromisos del obligado principal<sup>28</sup>.

Esta afirmación resulta correcta entre nosotros puesto que de acuerdo al artículo 1529 del Código Civil colombiano, *las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas en (sic) terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán*, sin embargo, otros autores sostienen que se trata de una figura distinta, para ENNECCERUS<sup>29</sup> por ejemplo, en este caso estamos no frente a una cláusula penal sino a una fianza, y para LLAMBIAS, es una “especie” de fianza que se debe regir por las reglas de esta última<sup>30</sup>, posibilidad que se encuentra fundada en el hecho de ser la fianza la figura típica que contiene de manera más precisa la obligación patrimonial de un tercero en una relación contractual.

De acuerdo a las razones expuestas, finalmente y fuera de discusión, puede afirmarse que la concepción moderna de la cláusula penal se predica con una función ambivalente<sup>31</sup>, y por lo tanto, la podríamos definir como una estipulación contractual, libremente incluida por las partes, bien sea como un apremio o sanción frente al incumplimiento de una obligación, o como una tasación anticipada de los daños y perjuicios que sufre el acreedor con el incumplimiento de la obligación principal<sup>32</sup>, en cabeza del deudor, o de un tercero garante, consistente en cancelar una suma de dinero por parte del contratante incumplido.<sup>33</sup>

Por lo tanto y sin profundizar más, podemos concluir que la cláusula penal pecuniaria posee las siguientes características:

- Consiste en una estipulación contractual sujeta a una **DOBLE NATURALEZA O FUNCIÓN AMBIVALENTE**; Como tasación anticipada de

---

<sup>28</sup> SUESCÚN, Jorge. Derecho Privado: Estudios sobre Derecho Civil y Comercial contemporáneo. Tomo I. 2005. Pág. 44.

<sup>29</sup> ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heinrich. Derecho de las obligaciones. Tomo I. 1954. Pág. 187.

<sup>30</sup> LLAMBIAS, Jorge. Tratado de Derecho Civil, obligaciones 1987. Pág. 329.

<sup>31</sup> DE CARLUCCI, Kemelmajer. La cláusula penal. 1981. Pág. 7.

<sup>32</sup> DE DIEGO, Felipe Clemente. Instituciones de Derecho Civil Español. 1930

<sup>33</sup> ORLANDO J. Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tercera Edición. 2010.

perjuicios, indemnizatoria o liquidatoria, caso en el cual el acreedor se exime de probar los perjuicios causados y su cuantía, o en segundo lugar, puede pactarse expresamente<sup>34</sup> con una función de apremio o como una verdadera pena, caso en el cual, podrán exigirse la pena y la indemnización de perjuicios conjuntamente, teniendo el acreedor que probar debidamente este último concepto. En este segundo caso, el cobro puede también, expresamente, extenderse al de la sanción y a exigir el cumplimiento de la obligación principal.

- De acuerdo a algunos autores puede tener una función simplemente de “GARANTÍA”, esto es, poniendo la carga de la pena en un tercero a la relación contractual.<sup>35</sup>

En este sentido sostiene SUESCÚN, que puede predicarse que la cláusula opera en verdad como garantía puesto que el patrimonio de un tercero viene a respaldar los compromisos del obligado principal, afirmación que como ya dijimos parece correcta de acuerdo al artículo 1529 del Código Civil colombiano, aunque algunos autores sostienen que se trata de una figura distinta, como el caso de ENNECCERUS y LLAMBIAS ya citados. En todo caso, en este punto cabe preguntarse si la figura se constituye como una verdadera excepción del principio de relatividad de los contratos, o si por el contrario, el “tercero” no podría denominarse como tal por haberse incluido en la relación contractual.

- Definida y pactada siempre en relación con una obligación que se define como principal, tenemos que la cláusula penal por la misma lógica es una obligación ACCESORIA. Si bien para los romanistas la *stipulatio poenae* se podía concebir como una cláusula aislada, independiente de cualquier otra obligación, o como accesoria de una principal<sup>36</sup>, es aceptado por la doctrina que el carácter accesorio es esencial en su concepción moderna<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> BOHÓRQUEZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano. 2004.

<sup>35</sup> RICO LUIS A, Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta Edición. 2009 pág. 78 - 83

<sup>36</sup> BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. 1929. Pág. 436

<sup>37</sup> DE CARLUCCI, Kemelmajer. La cláusula penal. 1981. Pág. 60.

El Código Civil de Colombia en su artículo 1593, como casi todos los que señalaremos mas adelante, se preocupan por establecer el carácter accesorio de la cláusula penal y sus efectos en este sentido. DIEZ-PICASO, dice que ésta “*se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Es una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria, por lo cual es conocida usualmente con el nombre de cláusula penal*”<sup>38</sup>. Lo importante de este punto, es que los elementos accidentales que afectan a la obligación principal influyen sobre la cláusula penal logrando modificarla o extinguirla. Está es sin duda la posición mayoritaria tal como lo reflejan las normas de Ecuador, Chile, Uruguay y Colombia<sup>39</sup> de acuerdo a la legislación y lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>40</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debe decirse que la estipulación de la cláusula penal es aceptada por algunos en un negocio jurídico distinto, incluso posterior, pero relacionado y dependiente a la principal. Esto es aceptado por tratadistas como VON-THUR quien afirma que con ello no se hace más que ampliar el radio de la obligación del deudor<sup>41</sup>.

Otros autores como EUGENE PETIT, sin embargo, sostienen que “*aunque la stipulatio poenae ha sido algunas veces considerada como una obligación accesorio, es más bien una estipulación condicional. Su eficacia se encuentra subordinada a esta condición: si el deudor no ejecuta su obligación*”<sup>42</sup>.

- Es **CONDICIONAL**<sup>43</sup>, puesto que depende de un acontecimiento futuro e incierto como lo es el eventual incumplimiento, de acuerdo al análisis efectuado por PETIT, pero sin detrimento de su carácter accesorio. En este sentido, el artículo

---

<sup>38</sup> DÍEZ-PICASO, Luis. El contenido de la relación obligatoria. 1964. Pág. 573

<sup>39</sup> Artículos 1579, 1536 y 1364. Código Civil de Colombia

<sup>40</sup> Al respecto ha señalado que “*La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del C. Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 822 y 867 del C. de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesorio que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza.*” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 7320. MP. Silvio Fernando Trejos. Junio 2002

<sup>41</sup> VON THUR, Andreas. Tratado de las obligaciones. 1934. Pág. 236

<sup>42</sup> PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Por José Fernández Gonzales. 1999. Pág. 475.

<sup>43</sup> ALTERINI, Aníbal. Derecho de obligaciones. 1996. Pág. 295

1530 del Código Civil establece que es obligación condicional la que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no, por lo tanto, puede predicarse el carácter de condicional de la figura pues finalmente se encuentra supeditada al incumplimiento del deudor<sup>44</sup> que puede o no suceder.<sup>45</sup>

No obstante lo anterior, esta concepción no es aceptada por teóricos como ESPÍN, quien afirma que la conceptualización de la cláusula penal como promesa condicionada es insostenible<sup>46</sup>, principalmente basado en el hecho del carácter accesorio de la misma y en contravía a lo dicho en nuestra exposición. Bajo este supuesto, sostiene que en la obligación condicional, no existe obligación alguna en tanto no ocurra la condición, pero por el contrario, en la cláusula penal, se tiene que la obligación principal siempre ha existido, lo cual contiene repercusiones jurídicas distintas. También manifiesta que en las obligaciones condicionales el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento del hecho condicionante, mientras que en la obligación con cláusula penal, producido el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria<sup>47</sup>.

Al respecto, pero soportando nuestra posición de la cláusula penal como condicional, el Consejo de Estado ha dicho que *“Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento;”*<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> IBÍDEM

<sup>45</sup> MATA LLANA, Ernesto. La urgencia manifiesta. Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2003. Págs. 69 y 76.

<sup>46</sup> ESPÍN, Diego. La cláusula penal en las obligaciones contractuales. 1946. Pág. 152.

<sup>47</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. 1964. Pág. 27

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Febrero de 2001. CP. ALIER EDUARDO ENRIQUE HERNÁNDEZ.

- Es PREVENTIVA<sup>49</sup>, pues bien sea en función de apremio, indemnizatoria o de garantía, la cláusula penal busca siempre satisfacer o compensar una situación posterior a su estipulación.
- La denominación PECUNIARIA por su parte, alude al hecho de que en la práctica la sanción siempre consiste en el pago de una suma de dinero, sin embargo, la regulación normativa de la figura, no exige tal condición. De esta forma, la sanción puede corresponder a lo pactado en el contrato siempre y cuando respete los principios generales de la contratación y el sistema normativo. No obstante lo anterior, consideramos que por su naturaleza, dicha pena debe siempre estimarse y pagarse en dinero.

### 1.1.2. La cláusula penal pecuniaria en el derecho privado comparado.

#### a. Francia

La importancia del derecho francés en la evolución de la cláusula penal, consiste en que su tratamiento de la figura se alejó de la estructura de la *stipulatio poenae* romana, que tenía un carácter conminatorio, compulsivo y apremiante, para mutar en una estipulación que buscaba tasar de manera anticipada los perjuicios que el incumplimiento pudiere causar. Esta teoría fue inicialmente desarrollada por POTHIER quien aseguraba que la legislación de su país transformó la figura de una carga apremiante, a una estipulación resarcitoria o indemnizatoria<sup>50</sup>, y aunque si bien de manera originaria su iniciativa no tuvo acogida por los Juristas franceses, finalmente tal teoría fue tomada por el legislador franco, al punto de poder afirmarse, que el derecho francés rompió con la tradición romana respecto a la concepción de la cláusula penal como figura de apremio.

El Código Civil francés regula la cláusula penal en los artículos 1226 a 1233, los cuales se proceden a analizar someramente.

<sup>49</sup> LEÓN, Pedro. Recopilaciones de clases, Derecho Civil: obligaciones. 1969. Pág. 211.

<sup>50</sup> No hay duda de que para POTHIER la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, el autor sostiene que “*la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación*”. POTHIER, R. J. Tratado de las obligaciones. Editorial Heliasta S.R.L. 1978. Pág. 212.

*“La cláusula penal es aquélla por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a algo para el caso de incumplimiento”*<sup>51</sup>

Se establece de esta forma su naturaleza y función, no siendo otra que la de asegurar el cumplimiento de la obligación generada en el contrato realizado.

*“La nulidad de la obligación principal comportará la de la cláusula penal. La nulidad de ésta no comportará la de la obligación principal.”*<sup>52</sup>

La cláusula penal tiene entonces una naturaleza vinculada a una obligación principal, de tal forma que si deja de existir la obligación también se extingue la cláusula penal, no sucediendo el caso contrario.

*“El acreedor, en lugar de reclamar la pena estipulada contra el deudor que se hubiera constituido en mora, podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal.”*<sup>53</sup>

Si bien la pena pecuniaria se presenta como un instrumento de garantía frente a la realización del pago, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, decidiendo no reclamar la pena estipulada en el contrato.

*Artículo 1229: “La cláusula penal es la compensación por daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal. Éste no podrá reclamar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que ésta haya sido estipulada para el caso de simple retraso.”*<sup>54</sup>

El Código Francés en su artículo 1229 establece que la función de la cláusula penal que es la de compensar daños y perjuicios, no obstante lo anterior, este artículo se contrapone al 1226, donde se desprende que la función no es otra que asegurar el cumplimiento de la obligación principal, lo cual genera una duda, pues no es fácil descifrar si dicha sanción pecuniaria responde a la primera función, la segunda, o ambas.

---

<sup>51</sup> Artículo 1226 del Código Civil de Francia.

<sup>52</sup> Artículo 1227 del Código Civil de Francia.

<sup>53</sup> Artículo 1228 del Código Civil de Francia.

<sup>54</sup> Artículo 1229 del Código Civil de Francia.

*Artículo 1230: “Contenga o no contenga la obligación primitiva un término en el que deba ser cumplida, sólo se incurrirá en la pena cuando aquel que se hubiera obligado, bien a tomar, o bien a hacer, se constituyera en mora.”<sup>55</sup>*

El artículo 1230 establece la necesidad que el obligado haya incurrido en mora. De no existir este requisito bajo ningún concepto se podría aplicar la pena, aspecto que resalta su carácter condicional.

*Artículo 1231: “Cuando la obligación hubiera sido cumplida en parte, la pena convenida podrá, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que el cumplimiento parcial hubiera proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1152. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita.”<sup>56</sup>*

El artículo anterior recoge el principio de proporcionalidad de la pena pecuniaria, en este sentido, la pena deberá ser disminuida en proporción al grado de cumplimiento por parte del obligado de la obligación principal.

*Artículo 1232: “Cuando la obligación primitiva contratada con una cláusula penal fuera de una cosa indivisible, se incurrirá en la pena por el incumplimiento de uno solo de los herederos del deudor, y podrá ser reclamada, bien la totalidad contra aquél que efectuó el incumplimiento, o bien contra cada uno de los coherederos con respecto a su parte y porción, e hipotecariamente por la totalidad, sin perjuicio de su recurso contra aquél por causa del cual se incurrió en la pena.”<sup>57</sup>*

Se establece el carácter universal de la pena pecuniaria, en este sentido, el acreedor puede solicitar el cumplimiento y la pena pecuniaria a todos los herederos, siendo éstos deudores solidarios en relación a la obligación primitiva. De este modo, la obligación no se extingue por la muerte del obligado. Esta característica aplica cuando el objeto sea indivisible.

---

<sup>55</sup> Artículo 1230 del Código Civil de Francia.

<sup>56</sup> Artículo 1231 del Código Civil de Francia.

<sup>57</sup> Artículo 1232 del Código Civil de Francia.

*Artículo 1233: “Cuando la obligación primitiva contratada bajo pena sea divisible, sólo incurrirá en la pena aquél de los herederos del deudor que incumpla esta obligación, y solamente con relación a la parte a la que estuviera obligado en la obligación principal, sin que exista acción contra aquellos que la hubieran cumplido.*

*Esta regla tiene una excepción para el caso en que la cláusula penal hubiera sido añadida con la intención de que el pago no se pueda efectuar parcialmente, y un coheredero haya impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad. En ese caso, podrá ser exigida contra él la pena entera, y contra los otros coherederos por su porción solamente, sin perjuicio de su recurso.”<sup>58</sup>*

Para el caso que la obligación sea primitiva, el acreedor solo podrá solicitar la deuda al heredero que haya incumplido la obligación objeto de mora, por tanto, no se podrá emprender acciones legales contra los herederos que hubieran cumplido la parte de obligación correspondiente.

## **b. España**

La normatividad española establece (en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil):

*“En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado...”<sup>59</sup>*

De esta forma, en el ordenamiento español la cláusula pena cumple un papel sustitutorio de la indemnización de daños, por tanto, cumple con la función de reparar el daño a través de una sanción pecuniaria. No obstante, y en relación con el principio de voluntad de las partes, los contratantes podrán pactar lo contrario.

*“Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.”<sup>60</sup>*

---

<sup>58</sup> Artículo 1233 del Código Civil de Francia

<sup>59</sup> Artículo 1152 del Código Civil de España

<sup>60</sup> IBÍDEM.

De este modo, es necesario que la pena sea exigible según las normas del código civil para poder ejecutarla. De esta definición se desprende que en efecto la cláusula penal es tomada principalmente como tasación anticipada de perjuicios, pero no obstante lo anterior, el siguiente artículo complica dicho concepto al disponer que el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.

*“El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.”<sup>61</sup>*

Esta situación a nuestro parecer denota cierta imprecisión, puesto que si bien el artículo precedente establece como regla general la tasación anticipada de perjuicios, posteriormente, dispone también como regla general la obligación del deudor de pagar la pena, y adicionalmente de cumplir con el objeto del contrato, lo que como ya señalamos, corresponde a una característica propia de la cláusula penal en función de apremio.

Adicionalmente y tal como acontece en nuestra legislación, el artículo 1154 confiere al juez la potestad de modificar la pena cuando la pena haya sido cumplida de forma irregular o en parte:

*“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.”<sup>62</sup>*

Por último, el artículo 1155 establece que la nulidad de la cláusula penal no implica la anulación de la obligación principal:

*“La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.”<sup>63</sup>*

---

<sup>61</sup> Artículo 1153 del Código Civil de España

<sup>62</sup> Artículo 1154 del Código Civil de España

<sup>63</sup> Artículo 1155 del Código Civil de España

### **c. Alemania**

En el derecho alemán por su parte y como lo explica LOBATO<sup>64</sup>, se diferencia la naturaleza de la cláusula penal de acuerdo al nivel de incumplimiento por el que fue pactada, es así como en el caso de pacto por incumplimiento absoluto, solo puede cobrarse la pena y no la obligación principal, mientras que en caso de pactarse por cumplimiento tardío o defectuoso, subsiste la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación principal.

Por tanto, la naturaleza de la cláusula penal se determina por el grado de incumplimiento de la obligación principal, de este modo, si existe un incumplimiento absoluto no podrá el acreedor solicitar el cumplimiento de la obligación principal, por otra parte, si el incumplimiento es relativo se podrá exigir tanto la cláusula penal como la obligación principal.

Además, establece que si la pena no consiste en una suma de dinero en ningún caso podrán subsistir ambas pretensiones<sup>65</sup>, siendo esta última de las pocas remisiones legislativas existentes respecto al carácter pecuniario de la figura.

### **d. Argentina**

El Código Civil argentino, incurre sobre el tema de la cláusula penal en la misma imprecisión que indicamos respecto a la legislación española, pues si bien establece que tal figura se subroga en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, incluso limitándolos dado que el acreedor no tiene derecho a otra indemnización -aun probando que la pena no es compensación suficiente-, de forma contradictoria, también dispone –al igual que el Código español- que el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.

*“La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no*

---

<sup>64</sup> LOBATO, Jesús María. La cláusula penal en derecho español. 1974. Pág. 103 -115

<sup>65</sup> ÍDEM. Pág. 75

*tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente.*”<sup>66</sup>

*“El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.”*<sup>67</sup>

Adicionalmente, dicha legislación continúa con el planteamiento de una doble función como hemos estudiado, lo anterior, al esbozar que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal, de la siguiente forma:

*“Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”*<sup>68</sup>

#### **e. Bolivia**

En el mismo sentido, la legislación boliviana establece que *“Si se ha estipulado una cláusula penal para el caso de incumplimiento o de retraso en la ejecución de un contrato, la pena convencional sustituye al resarcimiento judicial del daño que hubiera causado la inejecución o el retraso de la obligación principal”*<sup>69</sup>

El artículo 532 del Código Civil de Bolivia establece que la ejecución de la pena suple el resarcimiento judicial, de tal forma que el acreedor no podrá solicitar más indemnización que la cláusula penal establecida en el contrato generador de la obligación incumplida.

---

<sup>66</sup> Artículo 655 del Código Civil de Argentina

<sup>67</sup> Artículo 658 del Código Civil de Argentina

<sup>68</sup> Artículo 659 del Código Civil de Argentina

<sup>69</sup> Artículo 532 del Código Civil de Bolivia

Además, “no puede el acreedor exigir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, a no ser que ésta hubiera sido estipulada por el simple retraso”<sup>70</sup>.

De este modo, la ejecución de la cláusula penal pone fin a la obligación principal, a no ser que la cláusula penal hubiera sido insertada en el contrato por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, la imposición de la pena finaliza la responsabilidad de la parte que ha incumplido la obligación principal, y de no ser estipulada por retraso, culmina la obligación, y por tanto, el negocio jurídico.

Por otra parte, el artículo 534 establece que “la pena convencional no puede exceder la obligación principal”<sup>71</sup>, mientras el artículo 535 establece que “La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso.”<sup>72</sup>

Es decir, la pena por incumplimiento de la obligación principal no podrá ser más onerosa que el cumplimiento de la obligación principal, pero en todo caso se observa que el artículo establece un límite a la cuantía de la pena de forma imprecisa.

El artículo 535 trata de complementar el anterior, dando la facultad al juez de disminuir la pena en función del principio de proporcionalidad, el objetivo al igual que el artículo 534 es proteger al deudor de soportar una pena más onerosa que el cumplimiento de la obligación principal.

Por último, el artículo 536 afirma que “la nulidad del contrato trae la de la cláusula penal; pero la de ésta no acarrea la de aquel”<sup>73</sup> manteniendo la misma naturaleza accesoría que ya hemos mencionado.

---

<sup>70</sup> Artículo 533 del Código Civil de Bolivia

<sup>71</sup> Artículo 534 del Código Civil de Bolivia

<sup>72</sup> Artículo 535 del Código Civil de Bolivia

<sup>73</sup> IBÍDEM

## f. Costa Rica

La normatividad costarricense establece que *“El efecto de la cláusula penal es determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor...”*<sup>74</sup>

La cláusula serviría para establecer una pre-tasación de los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal.

De otra parte, y en la línea de los ordenamientos jurídicos ya analizados, la nulidad de la obligación principal provoca la finalización de la cláusula penal, no ocurriendo lo contrario, es decir, si se produce la nulidad de la cláusula, ésta no conlleva la nulidad de la obligación principal: *“La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no produce la de la obligación principal.”*<sup>75</sup>

El artículo 711 establece la posibilidad, de no existir pacto previo, que el acreedor solicite el cumplimiento de la obligación o la sanción pecuniaria pero no las dos: *“el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el de la pena, pero no ambos, salvo convenio en contrario.”*<sup>76</sup>

En el caso que el acreedor se decante por solicitar la pena, está no puede exceder el valor ni en cuantía a la obligación principal, y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquel. Como se observa, el Código Civil de Costa Rica regula de una forma más precisa el límite de la cuantía de la pena, que en este caso, no puede superar la cuarta parte de la obligación principal.<sup>77</sup>

Del mismo modo, si la obligación fuera cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción. Por tanto, la Ley protege al deudor de los posibles abusos del acreedor.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Artículo 708 del Código Civil de Costa Rica

<sup>75</sup> Artículo 710 del Código Civil de Costa Rica

<sup>76</sup> Artículo 711 del Código Civil de Costa Rica

<sup>77</sup> Artículo 712 del Código Civil de Costa Rica

<sup>78</sup> Artículo 713 del Código Civil de Costa Rica

Por último el artículo 714, establece que “*el cumplimiento de la cláusula penal sólo puede exigirse en los casos y cuando concurra las circunstancias en que, a no haber cláusula penal, se podrían reclamar daños y perjuicios.*”<sup>79</sup>

Se observa que el cumplimiento de la pena, salvo pacto en contrario, cumple con la obligación adquirida, siendo por lo tanto la cláusula penal y de acuerdo a lo anteriormente señalado, un instrumento para determinar los daños y perjuicios debidos al acreedor

#### **g. México**

El Código Civil de México señala que “*Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios...*”<sup>80</sup>

Por medio del artículo anterior, el Código Civil de México reconoce la posibilidad de utilizar la cláusula penal con el fin de indemnizar el incumplimiento de la obligación generada con el contrato.

El artículo 1841 establece que la nulidad del contrato conlleva necesariamente la de la cláusula penal, pero bajo ningún concepto la nulidad de la pena conlleva la de la obligación principal, como se ha observado en el estudio del derecho comparado, este artículo es común.

Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse lo prometido, valdrá la misma aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Artículo 714 del Código Civil de Costa Rica

<sup>80</sup> Artículo 1840 del Código Civil de México.

<sup>81</sup> Artículo 1841 del Código Civil de México.

Según el artículo 1842, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. Por tanto, el simple incumplimiento de la obligación principal conlleva la satisfacción de la pena.<sup>82</sup> No obstante, y según el precepto 1843 del Código Civil de México, la cláusula penal no podrá exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal y si esta fue cumplida en parte, la pena se modificara en la misma proporción.<sup>83</sup>

En el caso que la adaptación de la pena al incumplimiento de la obligación no pudiera ser exactamente proporcional, el juez tiene el deber de reducir la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación.<sup>84</sup>

Al igual que los ordenamientos jurídicos analizados con anterioridad, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos, a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque esta no se preste de la manera convenida.<sup>85</sup> Del mismo modo, no podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.<sup>86</sup>

En el caso de obligaciones mancomunadas con cláusula penal, bastara la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena.<sup>87</sup>

*“El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida<sup>88</sup>”.*

Se evidencia que la función de la cláusula penal, como afirma LÓPEZ<sup>89</sup>, es la de reparar el daño ocasionado, de este modo, el acreedor, salvo pacto en contrario, no puede

---

<sup>82</sup> Artículo 1842 del Código Civil de México

<sup>83</sup> Artículos 1843 y 1844 del Código Civil de México

<sup>84</sup> Artículo 1845 del Código Civil de México

<sup>85</sup> Artículo 1846 del Código Civil de México

<sup>86</sup> Artículo 1847 del Código Civil de México

<sup>87</sup> Artículo 1848 del Código Civil de México

<sup>88</sup> Artículo 1846 del Código Civil de México

<sup>89</sup> LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos en la licitación pública en México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. En línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/543/1.pdf>

exigir el cumplimiento de la obligación y la pena, siendo una cláusula de orden indemnizatorio<sup>90</sup> como lo es en el caso de la legislación colombiana.

## 1.2. LA MULTA CONTRACTUAL

De acuerdo la definición planteada por el Consejo de Estado, la multa no tiene nunca un carácter retributivo o indemnizatorio, sino que busca, exclusivamente, forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato:

*“Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse<sup>91</sup>”*

Esta característica diferenciaría a las multas -en principio- de las cláusulas penales, o al menos en su función indemnizatoria o general, pues mientras estas últimas por regla general consisten en la indemnización que se debe pagar a la administración por el incumplimiento con el fin de reparar el perjuicio causado, las multas están destinadas exclusivamente a asegurar la ejecución del contrato a través de medidas de coacción<sup>92</sup>.

De esta forma y contrario a lo manifestado por autores como DUSSÁN<sup>93</sup>, mientras la cláusula penal en su función natural pretende una reparación o indemnización en dinero, la multa consiste exclusivamente en una sanción coercitiva pactada con el fin de obtener una ejecución efectiva y adecuada del contrato, circunstancia que nos permite diferenciar

---

<sup>90</sup> MALLANA ERNESTO "Es nulo, por violación del debido proceso, el fallo de destitución de un funcionario público soportado en el desconocimiento de los principios de la función pública o de la contratación administrativa" .2005. *Evento: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Ponencia: Libro: Memorias V Jornadas De Derecho Constitucional Y Administrativo - Los Procesos Ante Las Jurisdicciones Constitucional Y De Lo Contencioso Administrativo*, Editorial Universidad Externado de Colombia. Págs. 75 – 89

<sup>91</sup> CONSEJO DE ESTADO. Expediente 6631. MP. Carlos Betancur Jaramillo. Octubre de 1992.

<sup>92</sup> BIELSA, Rafael. Naturaleza jurídica de la multa administrativa. Pág. 24

<sup>93</sup> Afirma que *“La cláusula de multas como la cláusula penal, es una forma anticipada de lograr la reparación de los perjuicios que se pueden percibir por el incumplimiento del contratista, con la diferencia que en el contrato estatal este incumplimiento y la imposición de la correspondiente multa puede ser declarado por la entidad.”* DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. Elementos del contrato estatal. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. 2005. Pág. 199.

estas figuras, especialmente frente a la connotación ambivalente de la cláusula penal, pues como señalamos la cláusula de multas posee una naturaleza estrictamente compulsiva o apremiante. En este sentido, LAUBADÉRE<sup>94</sup> distingue entre sanciones pecuniarias y coercitivas. Mientras las primeras consisten en la indemnización que se debe pagar por el incumplimiento y tendientes a actuar de un modo retributivo, las segundas están destinadas a asegurar la ejecución del contrato mediante la coacción y con miras a suprimir la renuencia del contratista, incluso sustituyéndolo por un tercero.

De esta forma, explica el autor, mientras en las sanciones pecuniarias se pretende recibir una reparación en dinero o definir las consecuencias del incumplimiento inclusive desde la suscripción del contrato, las sanciones coercitivas tratan de conseguir o de obtener el cumplimiento efectivo del mismo mediante la coacción durante su ejecución.

De acuerdo a lo expuesto, aunque no compartimos la clasificación efectuada por LAUBADÉRE, exaltamos y acogemos la precisión de su definición para diferenciar la cláusula penal en su función indemnizatoria o general, por una parte, y la cláusula penal en función de apremio y las multas contractuales por la otra, figuras que —en nuestro concepto— aparecen en el concepto general de sanciones pecuniarias al consistir en la remuneración que un contratante debe pagar a otro en los casos de incumplimiento o cumplimiento irregular, pero con una doble función predefinida por voluntad de las partes: para prefijar y liquidar los eventuales perjuicios en el primer caso, o para coaccionar o presionar al contratante a cumplir con la prestación en el segundo.<sup>95</sup>

Esta diferencia que nos permite definir la naturaleza de la cláusula penal en función de apremio y de las multas contractuales en un mismo grupo, ha tenido como consecuencia que la existencia de las multas sea para algunos autores motivo de inaplicación de la cláusula penal a los contratos estatales<sup>96</sup> o al menos en su función de apremio, pues como señalamos, las dos figuras sancionan económicamente el retardo, la inejecución o ejecución parcial del objeto contratado y tal circunstancia podría configurarse en una doble sanción por un mismo hecho. Sin embargo y en el sentido contrario, otros doctrinantes sostienen que existe compatibilidad entre ambas figuras siendo las mismas complementarias, de tal

---

<sup>94</sup> LAUBADÉRE, André. *Traite theorique et pratique des contrats administratifs*. 1956. Pág. 561.

<sup>95</sup> ORLANDO J. *Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tercera Edición. 2010.

<sup>96</sup> BEZZI, Osvaldo. *El contrato de obra pública*, Tomo I. 1976, Pág. 18.

forma que la existencia de las multas de manera alguna significa erradicar la cláusula penal de su ámbito<sup>97</sup>.

Esta última posición es la aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, pues la inclusión de multas y cláusula penal no solo fue admitida sino incluida en nuestra legislación por medio del decreto 222 de 1983, ya derogado, pero que perdura en la práctica cotidiana de la contratación administrativa y que hasta antes de la Ley 1150 de 2007 motivaba la aceptación de estas estipulaciones en la contratación estatal, situación que no compartimos del todo y que nos proponemos exponer más adelante<sup>98</sup>.

Ahora bien, el argumento esgrimido para la aceptación de ambas figuras por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, consiste en una diferenciación en el momento de su aplicación y la naturaleza del incumplimiento del contrato, de tal forma, que durante *la vigencia del contrato y en caso de un incumplimiento parcial que no haga imposible la ejecución del mismo, se aplicaría la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento, pero si el incumplimiento es grave e imposibilita la ejecución del contrato, se deberá declarar el incumplimiento y exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria*<sup>99</sup>.

Adicionalmente, el Consejo de Estado explica que las multas tienen como finalidad apremiar o compeler el cumplimiento adecuado del contrato, mientras la cláusula penal castiga o sanciona el incumplimiento definitivo del mismo, argumento posteriormente reforzado por esa corporación en el mismo fallo cuando afirma que la multa es impuesta por la administración con el fin de forzar el cumplimiento de la obligación principal y el contrato, es decir, su naturaleza no es la de sancionar el incumplimiento, sino la de inducir el cumplimiento.

De esta forma podemos señalar que a pesar de las posibles similitudes entre ambas figuras, las multas son aplicables durante el plazo de ejecución del contrato mientras la cláusula penal solo puede serlo una vez vencido el mismo, pues como ya indicamos,

---

<sup>97</sup> DE CARLUCCI, Kemelmajer. La cláusula penal. 1981. Pág. 489

<sup>98</sup> REYES, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia. 2007

<sup>99</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 1° de Octubre de 1992. Expediente 6631. CP. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

durante la vigencia del contrato pueden encontrarse incumplimientos parciales que no hacen imposible su total ejecución, caso en el cual será aplicada una multa, mientras que una vez imposibilitada la ejecución del contrato por haberse vencido su término, será exigible la cláusula penal.<sup>100</sup>

Esta tesis es la acogida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decir que *“en ese orden de ideas, como se encuentra demostrado que el actor no entregó a satisfacción el objeto contractual dentro del plazo de ejecución, la administración no podía apremiar el cumplimiento a través de multas, por cuanto la fecha límite de entrega había expirado; por lo anterior se configuró un incumplimiento de la obligación principal, que autorizó la imposición de la cláusula penal pecuniaria”*<sup>101</sup>.

Así mismo en salvamento de voto, el Consejero de Estado Juan De Dios Montes explica que *“La potestad sancionatoria de que dispone la Administración para imponer multas a su co-contratante responde a la necesidad del cumplimiento del contrato; se trata de una potestad que se puede ejercer para que el contrato se cumpla; no frente al contrato incumplido.”*

Por tanto, la potestad sancionadora debe tener como fin forzar el cumplimiento de la obligación principal, no servir con indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento.

*“El ingrediente de interés público que nutre el contrato del Estado varía la razón de ser de la multa del derecho privado al derecho público. Esto explica porque la imposición de multas es jurídicamente posible dentro del término contractual (cuando el contrato se puede cumplir) y no por fuera de él; menos aun cuando, después de vencido dicho término, el contratista cumplió su obligación”*<sup>102</sup>.

Por último, es importante señalar que debido a la finalidad de la multa como exclusivamente disciplinaria y correctiva, algunos autores sostienen que la misma puede

---

<sup>100</sup> RICO LUIS A, Teoría general y práctica de la contratación estatal, Edición: 6ª ed., Año: 2009

<sup>101</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Tercera. Sentencia del 18 de Mayo de 2005. MP. RAMIRO PAZOS GUERRERO.

<sup>102</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de Diciembre de 1993. Expediente 5859. CP. DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ. Salvamento de Voto. Juan De Dios Montes Hernández.

incluso establecerse cuando el incumplimiento ya se ha producido, distinto a la cláusula penal que debe estipularse antes del siniestro.

Sin embargo y con ocasión de la similitud de las figuras, en algunos contratos pueden denominarse cláusulas penales a las multas y viceversa, un claro ejemplo de la confusión y la problemática existente en las sanciones pecuniarias, y claramente evidenciado por el Consejo de Estado cuando señala lo siguiente:

*“Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado," proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la "falta, exceso o delito", como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada "multas" puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una "sanción pecuniaria" a manera de potestad exorbitante.”<sup>103</sup>*

Se observa que la confusión entre cláusula penal y multa deriva incluso a nivel lingüístico, de este modo, el Consejero Ponente afirma que una multa puede ser realmente una cláusula penal en determinados casos, explicando que *“Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula sea capaz de producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. Además, como ya se dijo, si hay ambigüedad sobre la función que cumple la cláusula penal, debe tomarse como estimatoria de los perjuicios.”<sup>104</sup>*

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Bogotá, D.C, mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006); Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>104</sup> IBÍDEM

En conclusión, del presente análisis de la bibliografía y jurisprudencia, se puede evidenciar la carencia de regulación normativa sobre la naturaleza de la cláusula de multas, circunstancia que ha exigido el lineamiento de las mismas por parte de la Jurisprudencia que se propuso señalar su esencia y diferencias con la cláusula penal pecuniaria, sin embargo, dado que la multa contractual comparte muchas de las características de la cláusula pecuniaria, como ser accesorio, condicional, preventiva, pecuniaria, consistir de fondo en una garantía, e incluso ser estudiada bajo las disposiciones de esta última a falta de regulación específica, consideramos pertinente en el presente capítulo relacionar las similitudes y diferencias entre ambas figuras como sigue.

### 1.3. SIMILITUDES

Para una mejor comprensión del lector se sintetizan las similitudes entre la cláusula penal y la multa contractual.

- Es **ACCESORIA** pues tal como se expuso respecto a la cláusula penal pecuniaria, la cláusula de multas depende de la existencia y desarrollo de un contrato u obligación principal.<sup>105</sup>
- Es **CONDICIONAL**, pues su exigibilidad depende también del acaecimiento de un hecho futuro e incierto, en este caso, el incumplimiento de las obligaciones contraídas pero durante la ejecución del contrato.<sup>106</sup>
- Es **PREVENTIVA** al igual que la cláusula penal, pues su finalidad consiste en satisfacer o compensar una situación posterior a su estipulación previniendo un posible incumplimiento<sup>107</sup>.
- Es una verdadera **GARANTÍA** de acuerdo a su función y ante la posibilidad de poner dicha carga en cabeza de un tercero, además, es también **PECUNIARIA** por estimarse y exigirse en dinero.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Manual del proceso de contratación en la administración central del departamento de Cundinamarca. Edicundi. Bogotá, 1997.

<sup>106</sup> ESCOBAR ENRÍQUEZ, Álvaro B. El contrato estatal de obra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

<sup>107</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. 1999.

#### 1.4. DIFERENCIAS

De la misma forma en que fue realizado frente a las similitudes, se sintetizan las diferencias entre la cláusula penal y la multa contractual así:

- Mientras la cláusula penal pecuniaria puede pactarse como una tasación anticipada de perjuicios o como una sanción -o coerción- para garantizar el cumplimiento –compensatorio o impulsivo-, la multa solo puede establecerse con esta última función, es decir, como una medida de presión o de apremio.<sup>109</sup>
- La cláusula penal pecuniaria en función de apremio sanciona el incumplimiento del contrato, incumplimiento que solo puede conocerse una vez finalizado el plazo del mismo, la multa por su parte, sanciona el retardo o incumplimiento durante la ejecución del contrato y antes de su finalización.<sup>110</sup>
- Respecto a su exigibilidad y de acuerdo a la característica indicada en el párrafo anterior, se desprende también que la cláusula penal pecuniaria solo es exigible una vez finalizado el contrato, haciéndose necesaria la declaración del incumplimiento, mientras la multa es exigible durante la ejecución del mismo.<sup>111</sup>
- En este mismo orden de ideas, la multa solo es viable pactarla en contratos de tracto sucesivo, mientras que la cláusula penal pecuniaria es viable pactarla en estos y en negocios de ejecución instantánea.<sup>112</sup>

Concluimos que la multa tiene por único objeto reprimir una trasgresión<sup>113</sup> mientras que la cláusula penal cumple dos finalidades, una sancionatoria y otra indemnizatoria, de allí que nuestra legislación permite la acumulación de ambas figuras, sin embargo, a nuestro criterio, la diferencia entre esta definición de la multa y la cláusula penal en función de apremio no es suficiente para admitir su concurrencia en un mismo negocio, pues de una u otra forma cualquier tipo de sanción pecuniaria -una pena en dinero que sea exigible en

---

<sup>108</sup> GÁMEZ VIZCAÍNO, Javier Miguel. Práctica contractual administrativa. Edit. Legis, 1999.

<sup>109</sup> HENAO HIDRÓN, Javier. Estatuto general de la contratación de la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993.

<sup>110</sup> MINISTERIO DE GOBIERNO. Contratación administrativa (L. 80/93), 1993.

<sup>111</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis S.A. 1984.

<sup>112</sup> PARRA GUTIÉRREZ, William René, Los contratos estatales. Editorial Librería del Profesional. 1998.

<sup>113</sup> BIELSA, Rafael. Naturaleza jurídica de la multa administrativa. Pág. 24

caso de incumplimiento y que excluya los perjuicios causados- se establece precisamente con la intención de coaccionar, presionar o garantizar el cumplimiento por medio de una pena, y por lo tanto, sea una multa o sea una cláusula penal de apremio consideramos que las dos poseen un mismo objeto, siendo la inclusión de ambas figuras en una misma relación contractual posiblemente incompatible.

### **1.5. LAS SANCIONES PECUNIARIAS Y SUS DIFERENCIAS CON LAS PENAS O SANCIONES EN EJERCICIO DEL “PODER DE POLICÍA”.**<sup>114</sup>

Claramente y de conformidad con lo que hemos señalado, la Administración puede aplicar sanciones con ocasión de los poderes que el ordenamiento jurídico le otorga para garantizar el cumplimiento de los deberes de los administrados y para lograr la satisfacción del interés general. Se alude entonces a sanciones administrativas porque suman a su sustancia punitiva la circunstancia de regirse esencialmente por las normas y principios de Derecho Administrativo. En este mismo sentido, debe resaltarse que los negocios jurídicos celebrados por la Administración suelen contener también sanciones como las multas y cláusulas penales que se han estudiado en el presente escrito, sin embargo, aun cuando de lo descrito podemos encontrar una eventual relación con los caracteres del Derecho Sancionatorio, consideramos que las sanciones establecidas en los contratos que celebra la Administración no tienen que ver con las faltas en que pueden incurrir los ciudadanos ni con las penas aplicadas en ejercicio del denominado “poder de policía”.

En primer lugar mientras las sanciones pecuniarias bajo estudio tienen por único destinatario a un extremo contractual, dentro del principio de la relatividad de los contratos, es claro que el “poder de policía” está dirigido a reglar la conducta general de todos los ciudadanos o administrados como resultado del ejercicio natural del poder por parte de la Administración Pública. Adicionalmente, se puede afirmar que ambos géneros de sanciones reconocen fuentes diferentes, pues claramente la potestad sancionatoria contractual tiene su origen en la autonomía de la voluntad reflejada en el negocio jurídico, y aun cuando las

---

<sup>114</sup> El presente punto fue desarrollado, especialmente, a partir del texto de BOTASSI, Carlos. Ensayos de derecho administrativo. Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 2010. Págs. 174 y ss.

infracciones y sus consecuencias no se encuentren expresadas en el convenio escrito y aparezcan establecidas en las leyes que regulan cada tipo de contrato, su fuente es exclusivamente convencional, ya que adquieren existencia y validez cuando el particular, voluntariamente, contrata con el Estado y se somete no sólo a lo expresamente contratado sino también al régimen legal del tipo de contrato de que se trate.

Debe resaltarse que este punto resulta aun más claro específicamente en nuestra legislación, pues como ya señalamos y de conformidad con lo establecido por el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el vacío de la Ley 80 de 1993, la inclusión de las cláusulas penales y de multas en los contratos celebrados por la Administración es facultativa. En contraposición a lo señalado, las penas o sanciones derivadas del “poder de policía”, nacen exclusivamente de la voluntad del legislador.

También debe resaltarse una notoria diferencia en relación a la finalidad que dichas sanciones persiguen. Como hemos explicado, las sanciones pecuniarias buscan en últimas desalentar el incumplimiento contractual, y en otros casos, tasar anticipadamente los daños y perjuicios soportados por el extremo contractual cumplido, sin embargo, las sanciones impuestas por el poder de policía se orientan a preservar en forma directa e inmediata valores sociales: seguridad, salubridad, equidad económica, etc., Sin embargo, esta esencial diferencia no impide que la sanción contractual se vea rodeada de determinadas garantías, vinculadas especialmente al debido proceso.

No obstante lo señalado en el presente punto y aunque no lo compartimos del todo, debe resaltarse que algunos autores sostienen una identidad entre la potestad sancionatoria y las sanciones pecuniarias contractuales propiamente dichas, pues argumentan que las sanciones contractuales constituyen una facultad que deriva del poder que tiene el Estado sobre el contratante para garantizar el cumplimiento de dicho negocio jurídico.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> BERCAITZ, Miguel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Editorial Depalma. 1980. Pág. 338.

## 1.6. LA CLÁUSULA PENAL, APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN COMO CLÁUSULA EXORBITANTE

### 1.6.1. UNA MIRADA SUCINTA EN DERECHO COMPARADO.

#### a. Francia.

**Definición de la noción de “clause de pénalités”.** El artículo 1226 del Código Civil Francés dispone que "la cláusula penal es aquella por la cual una persona, para exigir el cumplimiento de un acuerdo, se compromete a algo en caso de incumplimiento"<sup>116</sup>. La doctrina administrativa las define por su parte como los "*Daños y perjuicios previstos en el importe del contrato en previsión de cualquier falta de la contraparte a sus obligaciones contractuales*"<sup>117</sup>, definición que concuerda con el espíritu del código civil en la medida que éste prevé, como en el caso de Colombia, que la cláusula penal corresponde a la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la no ejecución de la obligación principal.<sup>118</sup>

Es necesario resaltar que este tipo de penalidades tienen sin duda un rol persuasivo de la parte contratante, quien conoce la naturaleza y la magnitud de las sanciones que le serán aplicadas en caso de incumplimiento. A éste título, las cláusulas de penalidades (cláusula penal aplicada a los contratos administrativos) pueden tener un efecto psicológico significativo dentro del buen desarrollo del contrato.

Por otra parte, consuetudinariamente en la contratación administrativa (Marchés Publics), las cláusulas penales son aplicables de pleno derecho en caso de incumplimiento por parte del contratista, sin que sea necesario por tanto dar aviso al comerciante<sup>119</sup> ni

---

<sup>116</sup> L'article 1226 du Code civil dispose que "la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution"

<sup>117</sup> DE LAUBADÈRE, André. F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II : LGDJ 1984. P. 136.

<sup>118</sup> "*La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale*"

<sup>119</sup> Cour Administratif d'Apelle Lyon, 27 nov. 2008, n° 05LY02080, SNC Eurovia Bourgogne. – CE, 4 juin 1976, n° 85342, sté Toulousaine immobilière. - CAA Lyon, 27 nov. 2008, n° 05LY02080, SNC Eurovia Bourgogne. – CE, 4 juin 1976, n° 85342, sté Toulousaine immobilière.

acudir a los tribunales para su exigibilidad<sup>120</sup>, así como tampoco demostrar que existe un perjuicio, o que el órgano de contratación tenga que demostrar la existencia de la lesión<sup>121</sup>.

A diferencia de otras formas de sanción como la resolución del contrato por culpa grave (*resiliation pour faute*), en el derecho francés no pueden aplicarse las penalidades si no existe una cláusula que lo estipule de manera expresa<sup>122</sup>, lo que denota su carácter eminentemente convencional.

**Régimen jurídico de la Cláusula de Penalidades en Francia.** A partir de la Ley No. 2001-1168 del 11 de diciembre de 2001, también llamada Ley *MURCEF*<sup>123</sup>, todos los contratos celebrados por el Estado o sus entidades territoriales están sometidos al código de contratación pública (*Code Des Marchés Publics*) y son calificados como contratos administrativos. Poco importa si dichos contratos incluyen o no cláusulas exorbitantes, si el contratante participa o no en una misión de servicio público, o que dichos contratos tengan por objeto trabajos de carácter público o privado.

En tanto son contratos administrativos, cualquier disputa que se genere en su ejecución es competencia del juez administrativo y están sometidos, esencialmente, a las reglas jurisprudenciales que rigen los contratos de derecho público. En este orden de ideas, los principios y reglas del derecho privado son aplicables a la contratación pública únicamente cuando el juez administrativo decide hacer referencia para reconocerle algún valor jurídico dentro del caso, por lo que en materia de penalidades, esto significa que las disposiciones de orden público aplicables a los contratos de derecho privado de los artículos 1152, 1226 y siguientes del Código Civil Francés no se aplican directamente a la contratación pública, a diferencia de nuestro estatuto de contratación estatal que expresamente prevé la aplicación subsidiaria de las normas civiles y comerciales.

El Artículo 1152 de Francia dispone en su segundo párrafo que *“el juez podrá, aun de oficio, moderar o aumentar la pena que había sido convenida, si ella es manifiestamente*

---

<sup>120</sup> CE, 5 mai 1920, Hayem : Rec. CE 1920, p. 443.

<sup>121</sup> CE, 4 juin 1976, sté Toulousaine immobilière.prec.

<sup>122</sup> CE, 17 avr. 1985, OPHLM Meuse c/ Amiel et a: RD publ. 1985, p. 1706. – CE, 23 févr. 2004, n° 246622, Région Réunion : JurisData n° 2004-066511 ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 87, note Ph. Delelis.

<sup>123</sup> L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001 : Journal Officiel 12 Décembre 2001.

*excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita*<sup>124</sup>, de donde se desprende que en el derecho privado francés se incluye la moderación de la cláusula penal como sucede en el caso colombiano, sin embargo dicha previsión no era aplicada en materia administrativa, toda vez que la misma proviene de una norma civil, que como ya se explicó, no resulta aplicable a la contratación pública.

Adicionalmente, hasta el año de 2008, el Consejo de Estado Francés consideraba de manera sustancial que las disposiciones de los artículos anteriormente mencionados del Código Civil Francés no enunciaban ningún principio general de derecho y que, en consecuencia, los demandantes no podían invocar estas disposiciones ante la jurisdicción administrativa<sup>125</sup>, por el contrario, el juez administrativo consideraba que el derecho aplicable en materia de penalidades solo podía ser el previsto y contenido en las estipulaciones contractuales *Marché*<sup>126</sup> entre el Estado y los particulares, estipulaciones que en todo caso podían tener un carácter *exorbitante* con base en el principio del servicio público.

Puesto que ningún texto legal referente a los contratos administrativos fijaba límites al monto o los efectos de las cláusulas de penalidades, según el juez administrativo, le correspondía a las colectividades públicas contratantes definir, con toda libertad dentro del CCAP<sup>127</sup>, las cláusulas de penalidades que éstas quisieran integrar al contrato, sin omitir señalar las derogaciones que resultarían con respecto al CCAG<sup>128</sup> de referencia. De cualquier manera, es necesario resaltar que las entidades públicas también podían escoger simple y libremente, conforme al artículo 13 del *Code des marches publiques*, referirse a uno de los CCAG tipo, o a un CCAP para el contrato en particular, sabiendo que ciertos

---

<sup>124</sup> “*le juge peut même d’office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”

<sup>125</sup> CE, 24 nov. 2006, n° 275412, sté Group 4 Falck Sécurité, cité supra n° 8. – CAA Nancy, 13 juin 1989, n° 89NC00031, Deiana : Dr. adm. 1998, hors série, comm. 543, p. 173. – V. aussi CE, 13 mai 1987, sté Citra-France et a. : D. 1987, somm. p. 433, obs.Ph. Terneyre. – CE, 13 mars 1991, Entr. Labaudinière : JurisData n° 1991-044022 ; RD publ. 1992, p. 1537.

<sup>126</sup> CAA Nancy, 13 juin 1989, Deiana, préc.

<sup>127</sup> El “Cahier des clauses administratives particulières (CCAP)” es un documento contractual equivalente a los pliegos de condiciones en nuestro sistema jurídico. Redactado de manera general por la entidad contratante, hace parte de las piezas constitutivas del contrato puesto que recoge todos los aspectos de un *marché* de contratos (condiciones de ventajas de rendimiento, solución, servicios de auditoría, la presentación de los subcontratistas, los retrasos, las sanciones, etc.

<sup>128</sup> El “cahier des clauses administratives générales (CCAG)” es un documento que constituye un modelo tipo de referencia para el ensamble contractual en la contratación pública en general.

CCAG tipo estipulan que el monto de las penalidades no está limitado<sup>129</sup> y que los CCAP generalmente son inspirados en los CCAG.

No obstante lo anterior, mediante sentencia del 29 de diciembre de 2008<sup>130</sup>, el Consejo de Estado francés cambia radicalmente la postura expuesta, pues por primera vez señala que si bien al contrato administrativo no le son aplicables las normas civiles, le es permitido al juez administrativo moderar o aumentar las penalidades por retardo en la ejecución del contrato, lo anterior, con base en la aplicación de los principios en los cuales se inspira el art. 1152 del Código Civil –aunque no en el artículo en si mismo-, y si estas penalidades fuesen manifiestamente excesivas o irrisorias con respecto al precio del contrato celebrado.

Esta sentencia proferida en el marco de un recurso en casación, confirmaba la posición de la Cour Administrative d'Appelle de Paris del 23 de junio de 2006<sup>131</sup>, en donde manifestaba que *“al aplicar las disposiciones de un contrato que prevé sanciones administrativas por retardo, en una cantidad notablemente excesiva o irrisoria, el juez del contrato, antes de sacar conclusiones en este sentido, puede moderar o aumentar las penas que se había acordado entre las partes”*, sentencia que por lo tanto marcaba un nuevo camino de interpretación jurisprudencial administrativa en materia de penalidades, y de la cual consideramos importante resaltar dos puntos: el primero, consiste en que la decisión fue la respuesta a un evidente abuso de la administración en la practica, la cual pretendía hacer efectivas penalidades frente al contratista en mas de un 50 % del valor total del contrato. En segundo lugar, la sentencia no hace referencia en ningún momento al código civil o a las disposiciones en materia civil que permiten este tipo de moderación de la pena, sino que por el contrario, todo el ejercicio argumentativo se desarrolla en base a los principios fundamentales del derecho.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> CCAG Travaux, 20.4, ancien CCAG Travaux, art. 20.5

<sup>130</sup> (CE, 29 déc. 2008, n° 296930, Office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux : JurisData n° 2008-074702)

<sup>131</sup> (CAA Paris, 23 juin 2006, n° 02PA03759 : JurisData n° 2006-312755 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 288, note F. Olivier ; Mon. TP TO 28 juill. 2006, p. 23.

<sup>132</sup> En este sentido ver también: CE, 24 nov. 2008, n° 291539, CH Région d'Annecy : JurisData n° 2008-074576, par lequel le juge administratif fait application des articles 1641 et 1648 du Code civil relatifs à la garantie des vices cachés en refusant toute adaptation au droit des marchés publics.

Esta reticencia a la aplicación directa de las disposiciones Civiles en materia administrativa, para en su lugar consagrar principios rectores en materia de cláusula de penalidades en los contratos administrativos (que en todo caso están inspirados en las disposiciones del Código Civil, para el caso que nos ocupa el art. 1152 anteriormente citado) simboliza la voluntad del juez administrativo de interpretar soberanamente las penalidades manifiestamente excesivas o irrisorias en el marco del interés general que caracteriza el derecho público.

## **b. España.**

En España, la Ley de Contratos del Sector público del 30 de octubre del 2007 (LCSP), incorporó importantes modificaciones al régimen jurídico de la contratación administrativa, norma modificada recientemente mediante la Ley 34 del 5 de Agosto de 2010.

La LCSP es una Ley que busca esencialmente ajustar la regulación española en materia de contratos del sector público a la normativa comunitaria, y muy especialmente, a la Directiva Comunitaria 18/ 2004<sup>133</sup>, sin embargo, aun cuando tanto la doctrina como la jurisprudencia se planteaban cual era la naturaleza jurídica, el régimen jurídico y el procedimiento, entre otras cuestiones, de las llamadas “penalidades” establecidas en las sucesivas normativas reguladoras de la contratación, la LCSP no solucionó a fondo algunas materias objeto de discusión y continúa sin profundizar en diferentes aspectos sobre las mismas.

El art 196 de la LCSP regula las penalidades, dentro de la fase de ejecución del contrato así:

*“1.Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1. Estas*

---

<sup>133</sup> DIRECTIVA 2004/18/CE DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

*penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato. (...)*

*4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.*

*El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.*

*5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.*

*6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.*

*7. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*8. Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones”.*

De conformidad con la norma, las penalidades han sido calificadas dentro de la doctrina española como una técnica jurídica que se aplica sólo cuando existe una ejecución defectuosa y/o una ejecución tardía del contrato. Estas técnicas otorgan facultades a la Administración en la fase de ejecución del contrato y no tienen un carácter general, sino que únicamente se pueden poner en marcha en el supuesto de incumplimiento defectuoso o el retraso en los plazos de ejecución del contrato. En estos casos, la imposición de penalidades trata de compeler al contratista a la correcta ejecución del contrato para evitar su resolución. En caso de prorrogarse el plazo de ejecución, el órgano de contratación puede optar por la imposición de penalidades y no por la resolución del contrato.

Puesto que el contratista está obligado a cumplir el contrato de forma ajustada a la prestación objeto del mismo y a los compromisos o condiciones especiales de ejecución, así como al de los plazos totales o parciales fijados para su realización, es claro que los incumplimientos, para que se ponga en marcha la técnica de las penalidades, deben estar sustentados en causas imputables al contratista<sup>134</sup>, momento en el cual la Administración podrá adoptar dos disposiciones igualmente gravosas para el contratista: la imposición de penalidades, o la resolución del contrato, no siendo viable por expresa disposición normativa tomar ambas resoluciones conjuntamente.

La anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en España<sup>135</sup>, establecía claramente una excepción a la incompatibilidad de ambas medidas en el art 95.4, al establecer que cuando las penalidades por demora alcancen el 20 por 100 del importe del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

---

<sup>134</sup> Sobre este criterio de valoración, la Junta Consultiva de contratación administrativa en su Informe 13/04, de 7 de junio de 2004 ha interpretado que *"por sus consecuencias jurídicas en orden a la resolución del contrato y la imposición de penalidades es el de que la demora en la ejecución se haya producido por causas imputables al contratista o por motivos no imputables al mismo. En este apartado deberá realizarse un examen detallado de las inclemencias climatológicas, de la existencia de prórrogas, en su caso, y de si éstas fueron acordadas con los requisitos legalmente exigidos, lo que determinará la procedencia o no de imponer penalidades, ya que en ningún caso parece que el Ayuntamiento haya optado por la resolución del contrato"*

<sup>135</sup> Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.)

Por otro lado, si bien los contratos administrativos se rigen por la LCSP y por las normas que la desarrollen, por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares y por el propio texto del contrato, el órgano de contratación, de acuerdo con lo que establezcan las cláusulas administrativas generales y particulares, podrá ejercer las potestades de dirección, inspección y control, dictando instrucciones precisas para el cumplimiento de lo convenido, tal como es señalado por el propio artículo 25 de la LCSP quien permite que las partes puedan incluir en el contrato *“...cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*.

Así mismo, la normativa española señala que es posible pactar penalidades distintas a las establecidas en la LCSP, las cuales en todo caso deberán estar incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, tal como se establece por el art. 99. 2 de dicha normativa:

*2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.*

*3. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos”*

De esta forma, los pliegos deben establecer para todos los contratos las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 99.2 de la LCSP. El pliego de cláusulas administrativas particulares, debe concretar cuales son las causas que motivan la imposición de las penalidades, la graduación de sus cuantías, así como el procedimiento para su imposición<sup>136</sup>, en consecuencia, no se podrán imponer

---

<sup>136</sup> Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. *“Artículo 67. Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego*

penalidades que no se encuentren establecidas en el pliego, lo cual dispone su carácter convencional.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, en el Informe 6/2004 de 9 de junio, consideró que la Administración “...*puede establecer en los contratos públicos la imposición de penalidades como medida para conseguir o restablecer el cumplimiento y la correcta ejecución de los contratos administrativos cuando el empresario incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha de los mismos.*”

*Para la imposición de las penalidades será necesario de acuerdo con la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre que las penalidades se deriven del incumplimiento de obligaciones contractuales recogidas como tales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que se encuentren recogidas expresamente en los citados pliegos las penalidades de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio, que, por las especiales características del contrato, se consideren necesarias para la correcta ejecución del mismo y que la citada necesidad se justifique debidamente en el expediente. Esta posibilidad de establecer penalidades supone una herramienta para los órganos de contratación dirigidas a garantizar su correcta ejecución por lo que debería hacerse uso de la misma en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Actualmente son escasos los que atribuyen al órgano de contratación esta facultad y sería conveniente su inclusión en los pliegos siempre que, lógicamente, esté justificada”.*

A modo de ejemplo veamos la regulación que establece el art. 295 de la LCSP sobre penalidades por incumplimiento en el contrato de concesión de obra pública:

---

*de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate. 2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos: (...) O. Fórmula o índice oficial aplicable a la revisión de precios o indicación expresa de su improcedencia conforme al artículo 103.3 de la Ley. P. Causas especiales de resolución del contrato. Q. Supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato. R. Especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 95 de la Ley”.*

*“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Deberán considerarse penalizables el incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.*

*2. El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de forma proporcional al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación. El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 % del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción. Si la concesión estuviera en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 % de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior.*

*3. Los incumplimientos graves darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego.*

*4. Además de los supuestos previstos en esta Ley, en los pliegos se establecerán los incumplimientos graves que pueden dar lugar al secuestro temporal de la concesión, con independencia de las penalidades que en cada caso procedan por razón del incumplimiento.*

*5. Durante la fase de ejecución de la obra el régimen de penalidades a imponer al concesionario será el establecido en el artículo 196.*

*6. Con independencia del régimen de penalidades previsto en el pliego, la Administración podrá también imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiera sido requerido*

*previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. A falta de determinación por la legislación específica, el importe diario de la multa será de 3.000 euros”.*

Por tanto, es el pliego de cláusulas particulares el que determinará los incumplimientos así como las penalidades y el procedimiento que corresponden a lo mismos.

**Imposición de penalidades o resolución del contrato.** Como ya habíamos señalado, la Administración ante el incumplimiento contractual podrá optar o bien por la resolución del contrato, o bien por la imposición de penalidades. Será una resolución o acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable el contrato si se hubiese designado, el que decidirá cual es la opción más adecuada al interés público. La decisión, aunque discrecional, esta limitada por los principios que informan toda actuación administrativa.

En caso de optar por la imposición de una penalidad, su contenido puede tener carácter económico en la proporción de 0,20 euros por cada 100 euros del precio del contrato. Las penalidades establecidas en la LCSP son de carácter pecuniario, y se cuantifican según los días de retraso en la ejecución, y la cuantía es variable en función del precio del contrato. Pueden en los pliegos de cláusulas administrativas establecerse otras medidas distintas a la anterior, sean de carácter económico o no, a diferencia de nuestra legislación donde dichas sanciones son exclusivamente de carácter económico o pecuniario.

La resolución por la que se impongan las penalidades será inmediatamente ejecutiva y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago parcial o total, deban abonarse al contratista, o sobre la garantía que se haya constituido cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones. En todo caso, la garantía responde de la efectividad de aquéllas tal como ocurre con la garantía única de nuestro ordenamiento y de conformidad con lo establecido por el Decreto 734 de 2012. La aplicación y pago de las penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por los daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista, lo que permite inferir que por regla general tienen una naturaleza de apremio, a diferencia del

carácter indemnizatorio general que posee la figura en la legislación francesa y colombiana<sup>137</sup>.

### c. Alemania.

En Alemania, el marco jurídico que constituye el estatuto de la contratación pública se denomina “*Vergaberecht*”, lo cual traduce en español “derecho de adjudicaciones públicas”. El *Vergaberecht* tiene a su vez varias subdivisiones que corresponden a áreas específicas de la contratación pública; es necesario aclarar que el uso de cláusulas penales en la contratación pública en Alemania, es únicamente procedente en los casos que taxativamente la Ley ha señalado, de manera contraria a los demás estatutos estudiados en donde son incluidas principalmente bajo el principio de autonomía de la voluntad<sup>138</sup>, incluyendo nuestro país.

Así las cosas, en un primer momento se encuentra el VOB/A (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*), donde están contenidas y reguladas las condiciones de adjudicación y contratación para servicios de construcción; incluye entonces las condiciones generales para todos los contratos administrativos en materia de construcción, e incluso en la práctica, llega a ser usado como un contrato tipo entre particulares.

Es necesario resaltar que al contrario de la postura francesa, que centra la discusión en conceptos de derecho público, y de la española, que si bien acude al derecho civil para

---

<sup>137</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. CAPÍTULO III. Ejecución de los contratos. **Artículo 197. Resolución por demora y prórroga de los contratos.** 1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. 2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. **Artículo 198. Indemnización de daños y perjuicios.** 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

<sup>138</sup> BSCHORR/ZANNER. Die Vertragsstrafe im Bauwesen; 1. Auflage 2003.

encontrar el origen y la naturaleza de las cláusulas de penalidades termina por adoptar en gran parte una visión publicista del tema, en el derecho alemán tal discusión no tiene mayor trascendencia, toda vez que el VOB/B (*Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B*) o Condiciones de adjudicación y contratación para servicios de construcción, Parte B) incluye en su art. 11 las disposiciones relativas a las cláusulas de penalidades y hace remisión expresa a la regulación del código civil Alemán en los siguientes términos:

Condiciones de adjudicación y contratación para servicios de construcción. Parte B  
Artículo. 11. (§ 11 VOB/B):

#### § 11 - Cláusulas Penales:

1. Si se han pactado cláusulas penales, se aplican los §§ 339 a 345 del BGB (Código civil Alemán)
2. Si se ha pactado una cláusula penal para el caso de que el encargo no se realice en el plazo prescrito, aquella vencerá en caso de mora del contratista.
3. Si la penalidad se mide por días, solamente contarán los laborales; si se mide por semanas, cada día laboral de una semana empezada contara como 1/6 parte de semana.
4. Si el contratante ha recibido el servicio, solamente podrá exigir la penalidad si lo ha reservado en el momento de recepción.<sup>139</sup>

La doctrina alemana define la cláusula penal como una convención para asegurar que la obligación contractual será cumplida en una fecha concreta. Así las cosas, por medio de la estipulación de una cláusula penal, el deudor se obliga a pagar una cantidad fijada de dinero en caso del incumplimiento o cumplimiento insuficiente de su deber contractual.

---

<sup>139</sup> VOB/B- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B. § 11 – **Vertragsstrafe:** (1) Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB. (2) Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät. (3) Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werkstage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als 1/6 Woche gerechnet. (4) Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat.

La cláusula penal, “*Vertragsstrafe*”, “*Konventionalstrafe*” o “*Strafversprechen*”, es dependiente de la existencia de una obligación principal, la cual, una vez pactada, resulta inmediatamente regulada por intermedio de las Condiciones Generales de Contratación antes mencionadas conteniendo dos finalidades primordiales: ejercer presión adicional sobre el deudor para el cumplimiento de su obligación contractual y prescindir de la prueba del daño que normalmente incumbiría al acreedor en caso de perturbación del contrato.

Así mismo, el BGB (*Bundesgesetzbuch* o Código Civil Alemán) conoce dos tipos de cláusula penal:

- a. Cláusula penal para el incumplimiento de una obligación (§339, §340. BGB). Si las partes han pactado una cláusula penal por incumplimiento, el acreedor tiene los siguientes derechos:
  - Puede exigir el pago de la pena en caso de cumplimiento de las condiciones
  - Puede exigir compensación adicional por daños en caso de cumplimiento de las condiciones correspondientes.
  
- b. Cláusula penal para cumplimiento insuficiente (§339, §341 BGB). Si el derecho al pago de la penalidad está fundado, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación pactada, el pago de la penalidad, y en caso de incumplimiento de las condiciones específicas, una compensación por daños adicional<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> § 339 - **Verwirkung der Vertragsstrafe.** Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein. § 340 - **Strafversprechen für Nichterfüllung.** (1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. (2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen. § 341 - **Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung.** (1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. (2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so findet die Vorschrift des § 340 Abs. (2) Anwendung. (3) Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

Las condiciones para la aplicación de ambos tipos de cláusula penal es la mora del deudor y que tal situación de mora sea imputable a su responsabilidad, tal como es requerido en las demás legislaciones estudiadas<sup>141</sup>.

#### **d. Brasil.**

En los contratos celebrados por la administración Brasileña, es muy común que se establezca en los mismos determinada cuantía que deberá ser pagada a título de resarcimiento, en caso que ocurra un incumplimiento total o parcial de la obligación pactada. La cláusula que fija ese valor resarcitorio, también llamada pena convencional, se denomina comúnmente como “*cláusula penal*”. Así mismo, dichas penalidades admitidas en los contratos administrativos pueden tener dos modalidades; por una parte existe la penalidad de carácter moratorio y por el otro la de carácter compensatorio. Así las cosas, en la ejecución de los contratos celebrados por la administración pública brasileña, la administración cuenta con la posibilidad de pactar cláusulas de penalidades para castigar el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, así como la posibilidad de pactar dicha cláusula para tasar anticipadamente los eventuales perjuicios causados.

Tales características de las cláusulas de penalidades en éste sistema jurídico encuentran su fundamento en La Ley de Licitaciones (Lei de Licitações - Lei 8666/93) la cual expresa lo siguiente:

*Artículo 58. El régimen jurídico de los contratos administrativos establecidos por esta Ley faculta a los Consejeros, en relación con ello, la prerrogativa de:*

*I – modificar las cláusulas unilateralmente para adaptarse mejor a los fines de interés público, respetando los derechos del contratista;*

*II - a rescindir unilateralmente en los casos previstos en el inciso I del artículo. 79 de esta Ley;*

*III – fiscalizar la ejecución total del contrato;*

---

<sup>141</sup> KOCH. Die Vertragsstrafe im öffentlich-rechtlichen Vertrag am Beispiel von Ausbildungsförderverträgen; DÖV 1998.

*IV – Aplicar las sanciones motivadas por el incumplimiento total o parcial y la idoneidad de desempeño;*

*V - en el caso de los servicios esenciales, provisionalmente ocupan muebles, bienes, personal y servicios relacionados bajo el contrato, en caso de la necesidad de garantizar la determinación administrativa de las fallas contractuales por parte del contratista, así como en el caso de cese de la administración del contrato.*

*V § 1. Las cláusulas económico-financieras y monetarias no pueden ser modificadas sin previo acuerdo del contratista. § 2 ° En el caso de la fracción I de este artículo, las cláusulas económico-financiera del contrato debe ser revisado con el fin de mantener el equilibrio contractual.<sup>142</sup>*

**Artículo 86.** *El retraso injustificado en la ejecución del contrato someterá al contratista a una multa por demora, en la forma prevista en el instrumento convocatorio (pliegos) o en el contrato.*

*§ 1 ° La multa mencionada en este artículo no impide a la Administración rescindir unilateralmente el contrato y aplicar las otras sanciones previstas en esta Ley.*

*§ 2 ° La multa, impuesta tras un procedimiento administrativo regular, se deducirá de la garantía de su contrato.*

*§ 3 ° Si la multa es superior al valor de la garantía prestada, o ante la pérdida de esta, el contratado responderá por la diferencia, **que se deducirá de los pagos adeudados por la administración** o también, si es el caso, se cobrará judicialmente.<sup>143</sup>*

---

<sup>142</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público respeitado os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1o As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2o Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

<sup>143</sup> Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. § 1o A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. § 2o A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. § 3o Se a multa for de valor superior ao valor da

*Artículo 87 Ante la inexecución total o parcial del contrato la administración podrá, garantizada previamente la defensa, aplicarle al contratista las siguientes sanciones:*

*I - advertencia;*

*II - multa, conforme a lo dispuesto en el instrumento convocatorio o en el contrato;*

*III - Suspensión temporal de la participación en licitaciones y contrataciones con la Administración, por un período no superior a dos (2) años;*

*IV – Declaración de no idoneidad para licitar o contratar con la Administración Pública, siempre y cuando perduren los motivos determinantes de la penalidad aplicada hasta que la rehabilitación sea promovida ante la misma autoridad de imposición de la sanción, y será concedido cuando el contratista demuestre haber indemnizado la administración por los daños producidos durante el tiempo de imposición de la pena impuesta en virtud del artículo precedente<sup>144</sup>.*

La legislación brasilera permite el monitoreo extensivo de los contratos administrativos y confirma la prerrogativa de los organismos públicos de imponer sanciones si se observan problemas en la ejecución de los mismos. Sin embargo, cuando se trata de la imposición de sanciones pecuniarias, se evidencia que no hay previsión de índices específicos y sanciones que las limiten, lo que conlleva la imposición unilateral de

---

garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

<sup>144</sup> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

las cláusulas de este tipo por parte de la entidad pública, a menudo en conflicto con los derechos del contratista, tema que ha sido expuesto por los doctrinantes de dicho país.<sup>145</sup>

Desde éste punto de vista, la aplicación de cláusulas de penalidades, aplicadas como cláusulas exorbitantes, puede resultar altamente perjudicial para el contratista en la medida en que influyen directamente en la prestación debida de los servicios ejecutados, pues las multas determinadas serán descontadas de los valores adeudados por la administración circunstancia que puede afectar directamente los recursos necesarios para la correcta prestación del servicio contratado (en Brasil al igual que en Colombia es admitida la figura de la compensación).

Otra de las similitudes con el sistema colombiano es la aplicación por remisión del art. 54 de la Ley de Licitaciones brasilera (Lei 8666/93 prec), de manera subsidiaria, de las disposiciones contenidas en la legislación Civil.

Se destaca entre dichas disposiciones la aplicación del art. 413 del Código Civil que establece la posibilidad para el juez civil de aumentar o reducir la pena en caso de ser excesiva con respecto a la obligación principal, o cuando ésta ha sido cumplida de manera parcial<sup>146</sup>. En este sentido, el juez administrativo ha destacado que las penalidades deben ser aplicadas bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, inherentes tanto a la administración pública como a la privada<sup>147</sup>, buscando que su único fin sea el de resarcir el daño por el retraso causado sin confundirla con los casos de incumplimiento contractual que dan lugar a la rescisión unilateral del contrato, en los que solo en hipótesis se podrían aplicar las penalidades de carácter compensatorio.

Sobre el tema, LOPES MEIRELLES enseña que *"la imposición de las penas convencionales es otra prerrogativa de la Administración en el ejercicio de sus valores (art. 58, IV prec.). Aunque en los contratos privados ninguna de las partes puede imponer*

---

<sup>145</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Pág. 620.

<sup>146</sup> Artículo.413 del Código Civil de Brasil. "A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio". La pena debe ser reducida de manera equitativa por el juez si la obligación principal se ha cumplido en parte, o si el monto de la multa es manifestamente excesivo, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato.

<sup>147</sup> STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002.

*sanciones directamente a la otra, en los contratos administrativos la administración evalúa las infracciones reales y aplica las sanciones correspondientes*<sup>148</sup>.

Sin embargo, la autora sostiene también que el desconocimiento sobre la temática de las penalidades moratorias y compensatorias compromete la amplia y justa oferta, y por lo tanto la correcta competencia, lleva a la desobediencia por parte de la administración a las normas legales pertinentes y confronta principios básicos consagrados como el de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, economía, competitividad y justo precio, principios que garantizan una buena relación contractual y benefician a las partes.

También cabe destacar que en algunos sectores y servicios (telecomunicaciones, electricidad, etc.), no se cumplen dichos requisitos, por el contrario, la contratación se desarrolla sin tener en cuenta estos aspectos y tornan la relación contractual totalmente desproporcionada, inoportuna y sin ningún tipo de apoyo técnico y legal. Esta situación es especialmente grave cuando se considera la magnitud y complejidad de las redes y los servicios prestados, con condiciones y lugares completamente diferentes.<sup>149</sup>

## **1.6.2. EL CASO COLOMBIANO**

Se observa que en la realización de los contratos estatales, al menos en lo que implica a la administración pública, el objetivo que persigue el legislador es lograr la satisfacción del interés general por encima del interés particular, por lo tanto, nos encontramos frente a una legislación que reconoce la existencia de dos intereses, el de la administración y el de los contratistas colaboradores del Estado, pues aunque en la mayor parte de los casos no son intereses que se oponen, debe garantizarse la primacía del primero de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.

De manera consecuente el legislador colombiano para reconocer la primacía del interés general, ha concedido a las entidades estatales un grupo de potestades exorbitantes, principalmente para impedir la afectación severa de los servicios públicos, potestades decantadas en las cláusulas señaladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y que atañen a

---

<sup>148</sup> LOPES MEIRELLES, Hely. *Licitações y Administração de Contratos*, 13<sup>a</sup> edición. Editores Malheiros.

<sup>149</sup> IBÍDEM.

la terminación, modificación y análisis o interpretación unilateral, así como a la inclusión de la cláusula de caducidad y el acatamiento forzoso de las leyes nacionales.<sup>150</sup>

Para profundizar en la cuestión de la naturaleza de las mencionadas cláusulas exorbitantes, resulta necesario aclarar que durante gran parte del siglo XX se consideraba la existencia de cláusula exorbitantes dentro de un contrato estatal como uno de los criterios fundamentales para establecer si un contrato de la administración tenía naturaleza administrativa, lo que quiere decir que la practicidad de conocer lo qué era y lo qué no era determinado como cláusula exorbitante del contrato estatal, se encontraba ligada a la necesidad de conocer si un contrato elaborado por una entidad del Estado tenía naturaleza administrativa o no; sin embargo, como señalamos previamente, esta distinción fue resuelta en Colombia con la promulgación de la Ley 80 de 1993, la cual eliminó el concepto de contratos administrativos y el de contratos de derecho común en la administración, uniéndolos con el término de contrato estatal.

Por tal razón, si bien en la actualidad el discernimiento de lo que resulta ser una cláusula exorbitante del contrato estatal no cumple con el objetivo de determinar su naturaleza, la Ley 80 de 1993 no logró solucionar de fondo la problemática de saber cuando se habla de una cláusula exorbitante o no, especialmente evidenciado cuando las cláusulas penales y de multas no aparecen descritas como tal, pero se le permite a la Administración ejecutarlas unilateralmente.

Ahora bien, aunque la Ley 80 de 1993 intenta señalar los principales contratos celebrados por las entidades estatales, es claro que en la práctica se han elaborado contratos que se rigen por normativas especiales y en los cuales también se faculta a la administración de manera extraordinaria a establecer las llamadas cláusulas exorbitantes, como es el caso de lo regulado por el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 referente a los servicios públicos domiciliarios, el cual expresa:

*“Las Comisiones de Regulación pueden hacer ineludible la inclusión, en algunos tipos de contratos de las empresas de servicios públicos, de las cláusulas exorbitantes y*

---

<sup>150</sup> DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. Bogotá. 2010.

*tendrán la posibilidad de facultar, una consulta previa expresa por parte de las empresas de los servicios públicos domiciliarios, en los que se incluyan los demás. Cuando esta inclusión resulte forzosa, todo lo que sea relativo a estas cláusulas se regirá, siempre que sea necesario, por lo planteado en la Ley 80 de 1993, y los que sean actos y contratos en los que se recurran a esas cláusulas y/o se practiquen esas facultades serán sujetos al control de mencionada jurisdicción contencioso administrativa.*<sup>151</sup>

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en el numeral 6 del artículo 195, plantea una enunciación semejante, describiendo la posibilidad de la aplicación de este tipo de cláusulas a las empresas sociales del Estado.

De conformidad con lo anterior, si la inclusión de cláusulas exorbitantes puede determinar, de cierta manera, la jurisdicción que se aplica al contrato adquirido por sociedades de servicios públicos domiciliarios, podría decirse también que la teoría inicialmente planteada de las cláusulas exorbitantes no está completamente extinguida.

Por otro lado, independientemente de su discernimiento y acercándonos más a su naturaleza, RICO PUERTA<sup>152</sup> considera que las cláusulas exorbitantes tienen como propósito conceder o imponer, a una sola de las partes, derechos y obligaciones diferentes a las que habitualmente son pactadas por particulares.

LAMPREA por su parte, expresa que las cláusulas exorbitantes constituyen los estamentos legales de la contratación del Estado, pero que deterioran el principio de equidad en lo concerniente al contrato de voluntad pactado por normas de Derecho Privado, al instaurar prerrogativas transitorias y de posición unilateral en beneficio de la entidad pública que contrata.<sup>153</sup>

Llegado a este punto debemos preguntarnos ¿son las cláusulas penales y de multas exorbitantes?

---

<sup>151</sup> Artículo 31 de la Ley 142 de 1994

<sup>152</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Editorial Leyer, Bogotá. Cita de Ricardo Puerta. 2007. Pág. 181

<sup>153</sup> LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007.

Como puede inferirse de la propia legislación, la falta de conceptualización de las cláusulas exorbitantes se promueve desde su mismo contenido (Artículo 14 de la Ley 80 de 1993) donde se presentan claras diferencias a la hora de referirse a las mismas, ya sea como potestades especiales, u otras denominaciones para expresar el mismo término. Sin embargo, es claro que las cláusulas exorbitantes son privilegios propios de la administración al momento de establecer el contrato, que aunque deterioran el principio de igualdad de las partes en el mismo, tal circunstancia se legitima en aras del desarrollo del buen servicio y la observancia de los propósitos del Estado.

Por lo tanto, para determinar la posible inclusión de las cláusulas penales y de multas en este tipo de potestades, es necesario identificar adecuadamente cuales son las cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales, orientado a esclarecer las cláusulas a las referidas tanto en los contratos estatales (Ley 80 de 1993), como en aquellos con características especiales, así como los límites que se establecen a la hora de aplicarlas.

Al investigar acerca de las particularidades de las cláusulas exorbitantes, se observa una variedad de atribuciones a las potestades mencionadas, por ejemplo, LAMPREA<sup>154</sup> menciona algunas características señalando que “*sólo rigen para los contratos del Estado*”, que dado lo excepcional de su caso “*existe sólo una oportunidad improrrogable para su ejercicio*”, así como que presentan condiciones circunstanciales a la Ley, por lo que “*no existe posibilidad de aplicarlas si se interpretan analógicamente*”.<sup>155</sup> Sin embargo, estas características se orientan más a la aplicación de estas cláusulas en la práctica que a responder las particularidades de las potestades excepcionales, y en consecuencia, parecen no fundamentar y explicar de manera apta las diferencias esenciales en lo que al tema en cuestión se refiere. Por esta razón, consideramos que solo queda remitirse a las definiciones sobre cláusulas exorbitantes que se plantearon inicialmente, así como a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Respecto a que las cláusulas exorbitantes solo “*existen en favor del Estado*”, se puede decir que el propósito real de las mismas consiste en beneficiar al contratante pero

---

<sup>154</sup> LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007.

<sup>155</sup> ÍDEM. Págs. 97 - 112

nunca al contratista, es decir, siempre serán unilaterales, con base en la justificación ya señalada de reconocimiento a la primacía del interés general.

Sobre que “*son de aplicación directa por la entidad contratante:*”, claramente se señala que este tipo de potestades no necesitan declaración judicial para su aplicación, cobijadas también bajo el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, pero al ser actos unilaterales dentro de una relación contractual, pueden eventualmente ser contrapuestos a los principios de legalidad, confianza legítima, autonomía de la voluntad, igualdad, debido proceso y otros que le asisten a los contratistas como colaboradores del Estado, tal como señalaremos en nuestro caso práctico del presente estudio. No obstante lo anterior, como explica PALACIO, “*sería imposible cumplir si la administración tuviera que someterse a la discusión judicial y por tanto, a la espera de una sentencia para evitar la paralización de la obra, o el servicio de suministro*”.<sup>156</sup>

OSPINA expresa que, en lo que se refiere a los elementos de la esencia de estas cláusulas, “*lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente, y el sentido en que quieren hacerlo*”. Señala también que son pactos “*que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión*”<sup>157</sup>

En relación a la “*interpretación, modificación y terminación unilateral y la caducidad*”, es importante definir frente a la primera que es más acertado referirse a una interpretación subsidiaria, tal como está indicado en los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993, dado que la efectividad de éstas se sujeta a la ausencia de acuerdos respectivos, ocasión en la cual, se debe modificar o interpretar lo expresado en el contrato a expensas de una adecuada justificación.

Visto esto, queda claro que a partir de las características de lo que constituye propiamente cláusula exorbitante, resulta indudable tanto que la terminación unilateral y la caducidad, como lo referente a la modificación unilateral subsidiaria e interpretación

---

<sup>156</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá. 2004.

<sup>157</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Temis. Bogotá. 2000.

unilateral subsidiaria, constituyen potestades excepcionales por parte de la administración, y en consecuencia, excluyen a los contratos realizados entre particulares para la realización de sus negocios jurídicos.

Según lo dispuesto en el segundo inciso del numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 “*en los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente*”, por lo que podríamos señalar que las mencionadas cláusulas (cláusulas de terminación interpretación y modificación unilaterales) consisten en verdaderos elementos de la naturaleza del contrato estatal.

Referente a la reversión, el artículo número 14 de la Ley 80 de 1993 estableció que la misma constituye una potestad excepcional exclusiva de los contratos de explotación y concesión de bienes propiedad del Estado. Debido a esto y a su aplicación surge la pregunta, ¿dicha cláusula incluye una potestad excepcional, o por el contrario constituye realmente una compraventa de bienes dirigido al desarrollo del servicio con una entrega sometida a plazo?; cuestión que sin embargo consideramos debe ser descartada, puesto que la administración no puede dilucidar cuáles son las características de cada uno de los bienes que serán empleados para el desarrollo del contrato, y por lo tanto no existe un acuerdo relacionado con su precio.

Es plausible preguntarse si en una relación contractual de sujetos del derecho privado es posible consagrar una cláusula de reversión; ante tal interrogante podría decirse que con fundamento en la autonomía de la voluntad lo es, siempre y cuando se logre determinar de manera detallada cómo procederá dicha cláusula; sin embargo, claramente en el contrato entre particulares la mencionada reversión no podrá ser declarada de manera unilateral, y mucho menos ejecutada, por lo que siempre será necesaria la intervención del juez natural del contrato. Dado que en el contrato estatal la administración posee la potestad para declarar y ejecutar la reversión, podemos señalar que dicha cláusula se instituye en una potestad, adicionalmente, la cláusula mencionada por disposición manifiesta en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, representa un elemento dentro de la naturaleza del mencionado contrato estatal de explotación y concesión de bienes del Estado.

Ahora bien, respecto a las cláusulas objeto del presente estudio y su posible naturaleza exorbitante, podemos encontrar posturas en ambos sentidos como nos proponemos exponer a continuación:

**a. Las penalidades contractuales como cláusulas exorbitantes<sup>158</sup>.**

PALACIO manifiesta que el poder para sancionar que posee la administración pública dentro de la contratación administrativa no representa un derecho, sino que es una potestad o prerrogativa, toda vez que la aplicación de la multa y la sanción pecuniaria representada en la cláusula penal no tienen como finalidad el lucro para la entidad, su objetivo primordial es en realidad el desarrollo de los fines del Estado.<sup>159</sup>

Esta posición que señala a las cláusulas penales y de multas como verdaderas cláusulas exorbitantes, considera esencialmente que la imposición de manera unilateral de las mismas por parte de la Administración es una manifestación del poder público, con fundamento en el caso de la contratación en la función de dirección, control y vigilancia establecida por la Ley 80 de 1993, lo cual ha sido confirmado o al menos compartido por algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

---

<sup>158</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de derecho administrativo. 118 ed., Madrid Civitas. 2002. Pág. 690-691. *“La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad [...] En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza [...] Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela [...] de modo que es en sí mismo extracontractual. [...] la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los "servicios públicos", cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso.”*

<sup>159</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá. 2004.

Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T -720 de 2005<sup>160</sup>, al estudiar si las empresas de servicios públicos domiciliarios tenían potestad sancionatoria en relación con los usuarios del servicio, explicó que con ocasión del carácter de función pública que tiene la actividad de dichas empresas, y puesto que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, se justifica plenamente la prerrogativa de adoptar decisiones unilaterales que pueden ser impuestas a los usuarios mediante actos administrativos.

En este mismo sentido y en un análisis mas específico en relación con la exorbitancia y las sanciones contractuales, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de Julio de 2008 explica que la naturaleza de algo exorbitante no se puede determinar de manera independiente, pues algo exorbitante siempre lo es en relación con algo “normal”, siendo necesario encontrar un punto de referencia, por lo tanto, la exorbitancia debe predicarse entonces no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un co contratante de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

En todo caso, si bien en el derecho común no resultan del todo ajenas las manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad, se resalta que la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues ésta debe significar una situación inviable en el derecho común.

Por tal razón dentro del análisis de la exorbitancia administrativa se requiere un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad, no bastando entonces la simple constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos, pues tal manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las

---

<sup>160</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 720 de 2005. MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.

Finalmente y como conclusión del análisis expuesto, al preguntarse específicamente si la imposición unilateral de multas -pactadas por parte de la entidad estatal contratante- constituye una exorbitancia administrativa, el Consejo de Estado señala que “**La respuesta debe ser afirmativa**, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, **la que justifica que en virtud de la función de dirección, control y vigilancia, resulten procedentes las multas**. La ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad esta que de manera alguna le resultaría viable al contratista. Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma. Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa”<sup>161</sup>

---

<sup>161</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 21574. CP. ENRIQUE GIL BOTERO.

Por otra parte, como complemento a la justificación de las sanciones contractuales como cláusulas exorbitantes, algunos autores sostienen que el legislador de 1993 consideró que la facultad sancionatoria de la Administración en el contrato estatal es una potestad implícita, pues la misma se deriva del poder de dirección, control y vigilancia establecido en forma expresa en el artículo 14 de la ley 80. Este es el caso de ESCOBAR GIL, quien señala que *"la atribución implícita por parte del legislador de la potestad sancionadora a la Administración Pública en materia de contratos, permite desvirtuar el presunto silencio lege (silencio legal) que se invoca para negar la existencia de la facultad de los entes estatales para imponer sanciones y multas y que no se configura ningún vacío en la regulación del instituto. En nuestro Derecho Positivo, es incuestionable la existencia de un poder sancionatorio de las entidades públicas para asegurar el cumplimiento estricto de las obligaciones del contratista, derivado del ius puniendi superior del Estado, y que le otorga a la Administración Pública el carácter de potentior personae"*<sup>162</sup>, sin embargo, consideramos que resulta discutible que la potestad de la aplicación de las sanciones contractuales se puedan fundamentar en el denominado *ius puniendi* del Estado, el cual es entendido comúnmente como la facultad de perseguir y sancionar los delitos.

En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA señala que el poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones, pues a la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que ese incumplimiento no se produzca, autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento<sup>163</sup>.

De conformidad con lo establecido textualmente por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, consideramos que el legislador expresamente decidió catalogar las penalidades

---

<sup>162</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos administrativos. Bogotá. Editorial Legis. 1999. Pág. 350.

<sup>163</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de derecho administrativo. 118 ed., Madrid Civitas. 2002. Pág. 734

contractuales dentro de las denominadas cláusulas exorbitantes, según los argumentos expuestos, pues establece que dicha facultad es otorgada con ocasión del “*deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*”, argumento concordante con la doctrina francesa, quien incluso sostiene que el silencio del contrato sobre las sanciones de la obligación del contratante a cumplir en los plazos estipulados no significa que no exista sanción, pues la regla general es que todo incumplimiento frente a una obligación contractual tiene una sanción, especialmente en los contratos estatales, en donde la administración tiene la obligación y habilitación para adoptar, de oficio, e incluso a costa y riesgo del contratante, las medidas indispensables para el buen funcionamiento del servicio público<sup>164</sup>.

No obstante lo anterior, distinto a las cláusulas exorbitantes señaladas en la Ley 80 de 1993, las cláusulas de multa y penal pecuniaria solo podrían considerarse como un mecanismo accidental del contrato estatal, toda vez que su incorporación en el contrato es facultativa por parte de la entidad, circunstancia que en todo caso denota una inconsistencia de estas cláusulas dentro de los procesos contractuales de la administración y abre la discusión frente a su exorbitancia.

#### **b. Las penalidades contractuales como expresión de la autonomía de la voluntad.**

En contraposición a la tesis expuesta en el punto anterior, también se ha negado la naturaleza exorbitante de las cláusulas penales y de multas en los contratos estatales, en síntesis y para fines de este estudio, considerando 3 puntos principales: *i*) la consagración del principio de autonomía de la voluntad en el estatuto de contratación estatal y la integración de las disposiciones comerciales y civiles como normativa aplicable a los contratos estatales, y *ii*) la existencia de las sanciones o penalidades contractuales en los

---

<sup>164</sup> JEZE, Gastón. “Principios generales del derecho administrativo”, en Teoría general de los contratos de la Administración, Buenos Aires, Depalma, 1950, Pág. 330.

contratos del derecho común o entre particulares y *iii*) la inexistencia de consagración legal expresa de las multas y cláusulas penales como exorbitante (artículo 14 Ley 80 de 1993).

Frente al primer punto, efectivamente Ley 80 de 1993 dispone en su artículo 40 que *"Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público y a los Principios y finalidades de esta ley a los de la buena administración"*.

De esta forma, el estatuto de contratación estatal no solo reconoce expresamente la autonomía de la voluntad, sino que integró como normativa aplicable a los contratos estatales *"las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas"* por la citada norma, punto cuya vigencia permanece después de la expedición de la ley 1150 de 2007 y resulta concordante con lo indicado en el igualmente vigente artículo 32 de la ley 80, donde se establece que *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el Derecho Privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad"*.

Recordemos que el artículo 1602 del Código Civil dispone que *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes"*, por lo tanto, como consecuencia de las previsiones y principios en la Ley 80 de 1993 señalados, resulta claro que las partes en el contrato estatal pueden estipular la imposición de sanciones cuando se presenta el retardo o el incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del contratista, como las multas o la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y con las modalidades y consecuencias establecidas en las normas civiles y comerciales, teniendo la libertad de acordar fórmulas o condiciones de aplicación de la

multa, atada al cumplimiento de términos, cronogramas o ejecución de obligaciones parciales<sup>165</sup>.

**Frente a la existencia de las sanciones o penalidades contractuales en los contratos del derecho común o entre particulares**, es necesario recordar lo ya citado por el Consejo de Estado en el punto anterior, quien ha decantado que las cláusulas exorbitantes consisten en las estipulaciones imposibles en un contrato entre particulares puesto que tienen fundamento en prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere en forma exclusiva a las entidades públicas, como el caso de la declaratoria de caducidad, en donde la Administración no sólo le pone fin al contrato sino que inhabilita al contratista para celebrar contratos con el Estado durante un término de cinco años, sin embargo, como explica RIVERÓ, *"Es difícil responder con certeza a esta cuestión, dado que el derecho civil consagra el principio de la libertad contractual mediante el cual autoriza a las partes a adoptar las cláusulas más variadas. Por consiguiente, habría que entender que son derogatorias del derecho privado las cláusulas que exceden esa libertad y, por lo tanto, no son susceptibles de incluirse en un contrato entre particulares por ser contrarias al orden público"*<sup>166</sup>

No obstante lo anterior, las sanciones, multas o penalidades en los contratos entre particulares son bastante comunes, sin que nadie haya planteado que éstas puedan resultar ilegales por atribuirse a una de las partes una potestad que es exclusiva del juez, tal como sucede en los actuales contratos de adhesión y de condiciones uniformes en donde se establecen diferentes multas o penalidades por cambios de itinerario, retrasos, o por no cumplir la permanencia mínima pactada en el contrato.<sup>167</sup>

El profesor RIVERÓ explica la validez de estas potestades sancionatorias entre particulares en los siguientes términos: *"Por regla general nadie, en las relaciones entre particulares, puede ver su situación jurídica modificada sin su consentimiento, por la sola*

---

<sup>165</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004. Expediente 15936. MP. RICARDO HOYOS DUQUE.

<sup>166</sup> RIVERÓ, Jean. Derecho administrativo. Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1984. Pág. 128.

<sup>167</sup> Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en la jurisprudencia civil puede consultarse la sentencia del 29 de julio de 2005 de la Sala de Casación Civil (Expediente. 1993-20302)

*voluntad del otro. El acuerdo de voluntades es el procedimiento normal de la acción jurídica privada. A veces sucede que un particular pareciera adoptar una decisión unilateral que tiene efectos en relación con el otro; pero esto sucede [...] en virtud de un consentimiento previo dado por el interesado (ejemplo: el asalariado, por el contrato de trabajo acepta someterse a las decisiones que adopte el patrón en materia disciplinaria)<sup>168</sup>”*

En este mismo sentido, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad y tal como es señalado por LARROUMET, los particulares, para evitar los inconvenientes de la resolución judicial de los contratos, pueden estipular una cláusula resolutoria en el contrato sin que se requiera la intervención del juez y sin que se encuentre consagrada legalmente, el tratadista señala que *“En efecto, el principio según el cual la resolución se debe pronunciar judicialmente no es un principio de orden público. Se explica por la historia y se justifica por el control que el juez debe ejercer sobre la existencia de la causa de la obligación después de la formación del vínculo contractual, pero esto sólo ocurre cuando los contratantes no han arreglado contractualmente la resolución. Corresponde a los contratantes prever las sanciones de la inejecución de una obligación contractual, tanto con cláusulas apropiadas sobre la responsabilidad contractual como con cláusulas relativas a la resolución [...] El interés de una cláusula resolutoria consiste en no obligar a un contratante a recurrir al juez cuando no ha obtenido lo que se le debía. Para ello es necesario que la estipulación se preste a eso, puesto que se trata de una excepción al principio según el cual la resolución supone una demanda judicial<sup>169</sup>”*.

Así las cosas y en concordancia con dicho criterio, podría afirmarse que en un contrato donde la Ley expresamente prescinde de la utilización de las cláusulas exorbitantes, las entidades públicas podrían acordar la terminación o resolución unilateral del contrato por incumplimiento sin que de ello se sigan las consecuencias inhabilitantes derivadas de la declaratoria de caducidad, pero sin necesidad de acudir al juez, tal como puede ocurrir también con la imposición de multas coercitivas por retardo o incumplimiento parcial.

---

<sup>168</sup> RIVERÓ, Jean. Derecho administrativo. Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1984. Pág. 128.

<sup>169</sup> LARROUMET, Christian., Teoría general del contrato, t. 11, Bogotá, Temis, 1999, Págs. 159-160.

De conformidad con lo anterior, HOYOS DUQUE, expresidente del Consejo de Estado, señala que el pacto de multas en el contrato estatal no puede considerarse como una prerrogativa exorbitante, pues no sólo son jurídicamente posibles sino usuales en un contrato entre particulares, por lo tanto, en la medida en que con ellas no se ejerce en estricto sentido ninguna facultad exorbitante, no es necesario que estén previstas en la ley.<sup>170</sup>

Finalmente, **frente a la inexistencia de consagración legal expresa de las multas y cláusulas penales como exorbitante en el artículo 14 Ley 80 de 1993**, como ya se ha señalado, de la lectura de la normativa se evidencia que la ley 80 de 1993 no contempló como exorbitante la cláusula de "multas" ni la cláusula penal pecuniaria.

Por tal razón, distinguidos estudiosos del tema como PALACIO JARAMILLO, señalan que si bien es cierto que bajo el antiguo régimen del decreto ley 222 de 1983 (art. 60) se contemplaba expresamente la imposición de multas como una exorbitancia, no es posible desconocer que la ley 80 de 1993 no incluyó esta hipótesis en las cláusulas excepcionales contempladas expresamente en el artículo 14 de su cláusulado, situación que resulta de gran importancia y no corresponde a un olvido, sino que es la respuesta a un nuevo Estado de derecho, el competitivo, que busca la autonomía de la voluntad como principio esencial de la contratación estatal y la igualdad como fundamento de ese tipo de Estado. De esta forma, si bien es incuestionable que el control, vigilancia y dirección de un contrato se encuentra en cabeza de la entidad pública que contrata, tal situación no puede nunca conducir a afirmar que el Estado está autorizado para violar el principio de legalidad ejerciendo exorbitancias diferentes a las estrictamente indicadas en la Ley y descritas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, no modificado por la ley 1150 de 2007, que mantuvo inalterable la lista de las potestades de excepción. En este mismo sentido, sostiene la autora que tampoco es posible por vía de interpretación ampliar el contenido de una potestad excepcional sin que exista un inequívoco mandato legal que habilite a la parte que la

---

<sup>170</sup> HOYOS DUQUE, Ricardo. Las multas en el contrato estatal: ¿Principio de legalidad o autonomía de la voluntad? En DE VIVERO, Felipe. Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. 2010. Pág. 384.

ostenta para imponer unilateralmente una decisión, utilizando para ello el privilegio de lo previo y la ejecutoriedad<sup>171</sup>.

No obstante lo anterior consideramos importante resaltar los siguientes puntos:

- La potestad de declarar unilateralmente incumplimientos y hacer efectivas las multas y la cláusula penal se encuentra establecida en la Ley, expresamente como prerrogativa y con fundamento directo en el deber y la facultad de inspección y vigilancia de los contratos a cargo de la administración, por tal razón, por expresa disposición legal, es claro que el fundamento de dicha facultad no es propiamente la cláusula pactada por las partes, a diferencia del régimen civil.
- A diferencia del pacto de dichas cláusulas en el régimen del derecho común, la consagración de la facultad legal para imponerlas por parte la administración implica la existencia de tal prerrogativa a favor de un extremo contractual, indistintamente del contenido del contrato, aun frente al silencio de las partes e incluso en contra de su intención o querer frente a tal punto.
- La facultad de declarar el incumplimiento y hacer efectivas las penalidades mediante acto administrativo claramente conlleva consecuencias distintas a la manifestación de un particular con fundamento en una cláusula contractual, especialmente considerando la presunción de legalidad del acto y el principio de autotutela, adicionado a sus importantes repercusiones frente a las garantías en donde el Decreto 734 de 2012 - 5.1.13.2 - señala que dicho acto administrativo *“constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro”*.
- La aplicación unilateral de las penalidades contractuales por parte de la Administración, al encontrarse contemplada por la Ley como una manifestación del poder público, posee actualmente un procedimiento reglado ineludible e inmodificable por la voluntad de las partes.

---

<sup>171</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria - Poderes de la administración. En DE VIVERO, Felipe. Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. 2010. Pág. 351.

- La aplicación unilateral de las penalidades contractuales por parte de la Administración trasciende la naturaleza patrimonial o pecuniaria de dichas figuras, pues conllevan la aplicación de penas no solo ajenas al contrato sino indudablemente más próximas a una manifestación del “*ius puniendi*” del Estado que inhabilitan el ejercicio de algunos derechos, como sucede en el caso de la cláusula de caducidad. El artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció las siguientes inhabilitaciones:

**“ARTÍCULO 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO.** *Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:*

*a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;*

*b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;*

*c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.*

*La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.”*

**PARÁGRAFO.** *La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.*

Por tal razón, adherimos a la apreciación de ARIZA MORENO, quien ha señalado que pese a las dificultades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al derecho común le son extraños conceptos como el de ejecutividad del acto y autotutela declarativa, los cuales son pilares fundamentales de lo argumentado por el Consejo de Estado para referirse a la facultad de la administración frente a la imposición de este tipo de sanciones<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Expediente No. 95D-11119. Actor: Sociedad Comware. MP. MYRIAM GUERRERO ESCOBAR.

<sup>172</sup> ARIZA MORENO, Weimar. La cláusula de multas en la contratación estatal. Revista de Derecho Público No.11. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. 2000. Pág. 240.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LAS CLÁUSULAS DE SANCIÓN PECUNIARIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA**

Analizadas estas figuras en su esencia, procederemos a estudiar la inclusión de las mismas y su tratamiento en las relaciones contractuales de la administración pública en Colombia, utilizando como metodología para tal fin un recorrido por las principales normas regulatorias de los contratos estatales hasta la actualidad.

#### **2.1 EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS**

Antes de la expedición de la Constitución de 1886, en nuestro país se practicaba un régimen de libertad en la contratación pública, por lo tanto, con un procedimiento similar al utilizado en los contratos celebrados entre particulares. Como consecuencia de lo anterior, durante el régimen federal que se inicia en la década de 1850 y con ocasión de la introducción del Código Civil francés en Colombia -finalmente adoptado para todo el territorio de la República en el año de 1873- fue por primera vez adoptada en nuestro ordenamiento jurídico la *Cláusula Penal Pecuniaria*, figura que era incorporada a los contratos del Estado como cláusula fundamental, pero exclusivamente a favor de la entidad contratante<sup>173</sup>. En palabras del Profesor Naranjo Flórez, dicha cláusula consistía en “*Una pena en dinero se aplicaba al contratista cuando incumplía sus obligaciones con el Estado, quien debía estimar en el contrato los posibles perjuicios que podría sufrir en caso del incumplimiento del contratista*”<sup>174</sup>.

Es importante resaltar que, en materia procedimental, la declaración de incumplimiento y ejecución de las sanciones era competencia de la justicia ordinaria mediante el mismo trámite establecido para los contratos celebrados entre particulares; la diferencia entonces no radicaba el procedimiento, si no en el hecho de que en los contratos

---

<sup>173</sup> Libro Cuarto, Título XI, arts. 1592 y ss. Del C.C.- “En 1883 el Estado soberano de Santander adopta como su legislación el Código Civil de Chile. En 1895 lo hace el Estado Soberano de Cundinamarca y en los años siguientes lo adoptan los demás Estados que integran la República. En 1873 es adoptado para todo el territorio de la República y sancionado, nuevamente como tal en 1887, por medio de la ley 57, al crearse la República unitaria” NARANJO OCHOA, Fabio, Derecho civil, Personas y Familia. Librería Jurídica Sánchez. Medellín, 8° Ed., 1999, Pág 11.

<sup>174</sup> NARANJO FLÓREZ, Carlos Eduardo. Repaso Histórico - Analítico de la Contratación estatal en Colombia. En Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Editorial Legis. 2004. Pág. 2.

del Estado esta cláusula se pactaba única y exclusivamente en favor de la administración, por lo tanto, si bien dicha cláusula era unilateral, no poseía un carácter exorbitante.

## 2.2 LEY 53 DE 1909

La Ley 53 de 1909 instituía en su artículo 4 lo siguiente:

*“En todo contrato que el gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria para el caso en el que el contratista faltare el cumplimiento del contrato por su culpa”*<sup>175</sup>

De esta forma la Ley obligaba a incluir la cláusula penal en los contratos de obra u análogos que celebrara el Estado con el fin de garantizar su cumplimiento, en este sentido, si el contratista no cumplía con la obligación principal en su debido plazo y forma, la cláusula penal sería ejecutada por la administración.

Por su parte el artículo 5 establecía: *“Cuando no se hayan estipulado causales de caducidad en contratos de las clases mencionadas en el artículo anterior, el ministerio respectivo podrá declarar esta cuando los contratistas faltaren al cumplimiento de ello y esta falta le sea imputable”*.<sup>176</sup>

Posteriormente, las leyes 63 de 1921 y 106 de 1931 extendieron los *privilegios excepcionales* de la caducidad, **la cláusula penal pecuniaria** y la exigencia del procedimiento de la licitación a los contratos de suministros y prestación de servicios. Así mismo el Decreto extraordinario 2880 de 1959 incluyó en este sentido la cláusula penal pecuniaria y de multas para los contratos de suministros celebrados por el Estado, el valor de dichas sanciones podía ser tomado directamente de la póliza, compensado por los valores adeudados o vía jurisdicción coactiva (Arts. 45,46 y 47)<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Artículo 4 Ley 53 de 1909

<sup>176</sup> IBÍDEM

<sup>177</sup> NARANJO FLÓREZ, Carlos Eduardo. Repaso Histórico - Analítico de la Contratación estatal en Colombia. En Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Editorial Legis. 2004. Pág. 4.

## 2.2. EL DECRETO 150 DE 1976

En enero de 1976 se dictó el Decreto 150, norma que por primera vez reguló integralmente la materia y se convirtió en el primer estatuto coherente de contratación administrativa que existió en el país. Este decreto, por el cual se dictaron normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, incluyó a las cláusulas penales y de multas como de inclusión forzosa en los contratos de la administración pública, y adicionalmente, incluyó la potestad de esta última para adelantar su cobro de forma unilateral. Las normas del citado decreto instituían lo siguiente:

*“De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato celebrado por la Nación, se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática”<sup>178</sup>*

La norma establecía la necesidad y por tanto, la obligatoriedad de imponer multas y penas pecuniarias, el objetivo y la justificación de la misma se encuentra en el artículo 55, que dispone la obligación de garantizar la ejecución del contrato siendo la multa y la pena pecuniaria instrumentos para tal fin.

*En todo contrato se pactará expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista. Cuando en virtud del contrato, se hicieren anticipos al contratista, se estipulará también que este previamente otorgue garantía para responder por el valor de los mismos. Igualmente deberá otorgarse garantía para responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio, por el pago de los salarios y prestaciones sociales y por el correcto funcionamiento de los equipos que deban suministrarse o instalarse. La cláusula sobre garantías no será obligatoria en los contratos de arrendamiento y empréstito.<sup>179</sup>*

*“En los contratos deberá incluirse la facultad de la Nación para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente*

---

<sup>178</sup> Artículo 54 del Decreto 150 de 1976

<sup>179</sup> Artículo 55 del Decreto 150 de 1976

*proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto.*”<sup>180</sup>

La multa en caso de mora debía también ser proporcional al daño causado por el incumplimiento de la obligación principal, se observa como la multa tenía una naturaleza de indemnización y la cláusula penal de garantía de cumplimiento de la obligación.

*“En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser directamente proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante.*”<sup>181</sup>

La administración en función del artículo anterior debía establecer una cláusula penal para todo contrato que no fuera de empréstito, de esta forma, debía establecer una cuantía proporcional a la del contrato.

*“El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresará al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomada directamente de la garantía constituida, y si esto último no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.*”<sup>182</sup>

Como se ve, el legislador a través del artículo 62, establecía el procedimiento a seguir para exigir la multa o sanción pecuniaria al contratista, dando la posibilidad de tomar el importe de la garantía constituida, o a través de jurisdicción coactiva.

De esta forma, es claro que las cláusulas penales y de multas se consagraron inicialmente como verdaderas cláusulas exorbitantes, pues contrario a la naturaleza volitiva o convencional que hemos explicado de las sanciones contractuales y a su correspondiente aplicación por parte del juez del contrato, el decreto 150 de 1976 estableció las mismas como obligatorias en los contratos celebrados por la Administración, y su cobro, como una

---

<sup>180</sup> ÍDEM. Artículo 60.

<sup>181</sup> ÍDEM. Artículo 61.

<sup>182</sup> Artículo 62 del Decreto 150 de 1976

prerrogativa de esta última en base a su potestad sancionatoria y como herramienta para la consecución de los fines del Estado.

Adicionalmente respecto a esta norma, debe resaltarse lo dispuesto en el inciso final del Artículo 61 y en donde se dictaba que *“El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante”*, de donde claramente se infiere que las cláusulas penales incluidas en los contratos de la Administración solo admitían su inclusión como una tasación anticipada de perjuicios, en otras palabras, en una función indemnizatoria, compensatoria o retributiva, quedando la cláusula de multas cumpliendo la adicional garantía de apremio, compulsiva o simplemente sancionatoria. Esta limitación adquiere sentido a nuestro parecer por dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, puesto que al pasar las figuras de ser eminentemente convencionales a potestades o atribuciones de la administración, las mismas no solo pueden sino que deben ser reguladas por las normas jurídicas que atribuyen tales facultades, estableciendo el modo de pactarlas, su naturaleza y sus consecuencias, y en segundo lugar, puesto que las multas y las cláusulas penales en función de apremio contienen una coincidencia en su finalidad y origen, situación que parece indicar cierta incompatibilidad de estas figuras en una misma relación contractual.

### **2.3. EL DECRETO 222 DE 1983**

En 1978 y 1979, se produjeron una serie de estudios tendientes a modificar la norma existente relativa a la contratación pública (Decreto 150 de 1976), pero el cambio de gobierno impidió que las experiencias de estos dos años de análisis se tuviesen en cuenta, y en 1982, el Congreso otorgó nuevas facultades extraordinarias al ejecutivo mediante la Ley 19 de ese año. Con base en tales facultades extraordinarias se produjo el Decreto 222 de 1983.<sup>183</sup>

Casi desde la misma fecha de vigencia del Decreto 222 de 1983, se iniciaron movimientos encaminados a lograr modificaciones al estatuto sin que ninguno fructificara, tal vez por cuanto en éste, como en todos los casos anteriores, las normas que debieron ser

---

<sup>183</sup> MENDOZA TORRES, Arnaldo; El nuevo estatuto de los contratos del Estado. 1995

dictadas con el criterio amplio de convertirlas en herramientas de desarrollo general del país, se produjeron como una simple estrategia de gobierno a corto plazo.<sup>184</sup>

En todo caso, en desarrollo de la Ley 19 de 1982, la cual estableció las restricciones al ejercicio de la libertad contractual de la Administración mediante el establecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y que también, creó la doble clasificación de los contratos en Administrativos y Privados, se expidió el Decreto 222 de 1983, norma que creó el contrato de consultoría derivado del contrato de obra pública, amplió la nomenclatura de los contratos estatales, estableció por primera vez procedimientos para este tipo de contratos y mantuvo como obligatorias en la contratación pública las sanciones objeto de nuestro estudio.

En este sentido, el Decreto 222 de 1983 –de manera muy similar al Decreto 150 de 1976- dispuso en sus Artículos 71 y 72 lo siguiente:

*En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.*<sup>185</sup>

En todo contrato que no fuere de empréstito, como afirma OSPINA<sup>186</sup> debía estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se haría efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debía ser proporcional a la del contrato. Tal como se desprende de la redacción del Artículo 71, la administración se encontraba facultada para “imponer” multas, por lo que las mismas se entendían como una potestad o prerrogativa de la administración, y de la misma forma, el Artículo 72 otorgaba esta facultad para la cláusula penal al establecer que la misma se haría efectiva directamente por la entidad contratante, por lo tanto, se denotaba con claridad que al ejercer estas potestades, la Administración se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista y que en forma unilateral

---

<sup>184</sup> IBÍDEM

<sup>185</sup> Artículo 71, Decreto 222 de 1983

<sup>186</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen general de las obligaciones. Editorial. Temis S.A. 1984

lo obligaba al pago del valor de tales penas. Cabe resaltar también que en este artículo no se incluyó el limitante antes señalado respecto a la cláusula penal en función de apremio, situación que fundamenta los argumentos esbozados frente a la posibilidad de pactar tanto multas como cláusula penal de apremio en un mismo contrato, los cuales, expusimos en el aparte dedicado al estudio de la cláusula de multas en este escrito.

Respecto al Decreto 222 de 1983, es importante también especificar que el mismo consagraba un doble régimen en la contratación de la Administración, el del derecho privado y el público, situación que lograba diferenciar fácilmente los contratos de derecho privado de la administración y los contratos administrativos propiamente dichos, razón por la cual, en vigencia de dicha normatividad se utilizaba el concepto “imponer”<sup>187</sup> para estos últimos, mientras que para los primeros, se necesitaba la declaración judicial del incumplimiento, pues la cláusula penal en este caso era tomada eminentemente como una convención entre las partes con base en la autonomía de la voluntad y a su situación de igualdad como acontece en el régimen civil<sup>188</sup>.

Así las cosas, teníamos también bajo este régimen una clara inclusión de las sanciones pecuniarias dentro del principio de autotutela<sup>189</sup> y poder exorbitante de la administración, puesto que su inclusión era forzada y su cobro una potestad, lo que la facultaba para, dependiendo del caso, decretar la multa o declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato para ejecutar el pago de las sanciones pertinentes.

Debe decirse además, que esta aseveración fue discutida especialmente respecto al Artículo 72, puesto que aunque se aceptaba que con la declaratoria de caducidad se podían hacer efectivas tales sanciones, se dudaba que las mismas pudieran ejecutarse cuando la administración no había hecho el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento, y menos aún, que pudiera hacer una declaración unilateral de incumplimiento para tales efectos después de vencido el plazo para ejecutar el contrato.

---

<sup>187</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de Mayo de 2006. CP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

<sup>188</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de Octubre de 2005. Expediente 15011. CP. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

<sup>189</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Editorial Civitas. 11ª edición. Tomo. I. 2002. Págs. 690 y 691.

Sin embargo, esta situación fue aclarada por el Consejo de Estado, quien en Sentencia del 29 de Enero de 1988 explicó que: *“todo se debió a una mala interpretación de la ley como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: el poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración”*<sup>190</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que en un primer momento y sin lugar a dudas, las sanciones pecuniarias correspondían a una verdadera “Potestad Sancionatoria” de la administración, desdibujándose el carácter convencional de estas figuras para convertirse en una prerrogativa estatal en la celebración de negocios jurídicos y por lo tanto, para encasillarse dentro de las denominadas “Cláusulas Exorbitantes”.

## **2.4 LA LEY 80 DE 1993**

La Ley 80 de 1993, estatuto general de la contratación pública, derogó el Decreto 222 de 1983 pero guardó silencio respecto a estas dos figuras exceptuando algunas referencias a las multas y sanciones, nombrándolas, pero sin aludir a su concepto, naturaleza, interpretación o aplicación. Sin embargo, como lo explica ARBOLEDA, por el peso de la tradición en la práctica cotidiana de los contratos estatales se siguieron estipulando este tipo de cláusulas, situación que no demoró en generar controversia respecto a su aplicación precisamente ante la carencia de regulación de la misma y la derogatoria del Decreto 222 de 1983.

Debido a lo anterior, fue la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de dar solución a la incertidumbre respecto a la inclusión de estas figuras en la contratación pública, sin embargo, tales pronunciamientos no fueron unánimes conllevando a la creación de dos posiciones doctrinales distintas y que podemos distinguir en el tiempo y en la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado de la siguiente forma:

---

<sup>190</sup> CONSEJO DE ESTADO. Expediente 3615. Sentencia del 29 de Enero de 1988.

#### **2.4.1. Posición inicial del Consejo de Estado.**

En un primer momento, como sostiene HERRERA<sup>191</sup> y de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado en providencias de 24 de Agosto de 1995 y 28 de Marzo de 1996<sup>192</sup>, se dispuso que *“la ley no le dio la prerrogativa a la Administración Pública de consagrar multas como sanciones que pueda imponer unilateralmente, tal como se desprende de la lectura del artículo 14 de la ley 80 de 1993”*.<sup>193</sup>

En el mismo sentido se expresa el alto tribunal en auto del 20 de febrero de 1997, expediente 12669, donde sostuvo que como la Ley 80 de 1993 no consagra explícitamente estas figuras como cláusulas implícitas<sup>194</sup> en el contrato y con carácter exorbitante, *“cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran remplazadas por esta ley.”*

#### **2.4.2. Primer Cambio Jurisprudencial.**

Posteriormente, de manera opuesta a la primera posición señalada, el Consejo de Estado dispuso que estas cláusulas podían ser pactadas, pero exclusivamente a favor de la entidad estatal y con la facultad para hacerlas efectivas unilateralmente en los casos de incumplimiento, en los términos que describe el Consejo de Estado a continuación:

*La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter*

---

<sup>191</sup> HERRERA BARBOSA. Benjamín Contratos públicos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003, Pág. 303.

<sup>192</sup> Expediente No. 95D-11119. Actor: Sociedad Comware. MP. MYRIAM GUERRERO ESCOBAR.

<sup>193</sup> ARIZA MORENO, Weimar. La cláusula de multas en la contratación estatal. Revista de Derecho Público No.11. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. 2000. Pág. 236.

<sup>194</sup> DUSSÁN HITSCHERICH. Jorge. Elementos del contrato estatal. Universidad Jorge Tadeo Lozano. 2005. Pág. 1999.

*ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3o. de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.*

*Para la Sala resulta claro que las multas convenidas en la cláusula décimo séptima del contrato son de naturaleza contractual y que la remisión al artículo 58 de la ley 80 de 1993 si bien fue equivocada, no le resta los efectos convencionales. Así mismo, no era necesaria la autorización del contratista a la entidad contratante para que descontara y tomara directamente el valor de las multas de cualquier suma que le adeudara aquella, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil "se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores". Esta actuación legítima de la administración, no sólo tiene su respaldo legal en las normas civiles, sino también en el artículo 64 del C.C.A. como un medio más que le permite a la administración la ejecución de sus actos.*

*La reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos. Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (ley 80 de 1993)"<sup>195</sup>*

Así mismo, en auto del 6 de agosto de 1998, Expediente 14558 la corte reiteró y complementó su posición con respecto a las multas en los siguientes términos:

---

<sup>195</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 4 de Junio de 1998. MP. RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación Número: 13988.

*“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.*

*En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 "en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales".*

*A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.”<sup>196</sup>*

En este mismo sentido, la sala en Sentencia del 9 de Marzo de 2000 señala que *“Practicada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración a falta de aquél dentro de los dos (2) meses siguientes que hoy establece la ley (art. 136 numeral 10 lit. d.) C.C.A.), la administración queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez”. Siguiendo las anteriores orientaciones, el primer cargo de nulidad que se imputa al acto administrativo demandado, no tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que pese a que el contrato objeto de*

---

<sup>196</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 6 de Agosto de 1998. MP. RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación Número: 14558.

*la presente litis venció el 20 de enero de 1989 y la administración declaró el incumplimiento el 27 de marzo siguiente, para esa fecha no lo había liquidado y todavía estaban las partes discutiendo el porcentaje del incumplimiento, razón por la cual la administración sí estaba facultada para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”<sup>197</sup>.*

Posteriormente en sentencia del 29 de junio de 2000, Expediente 16756, sobre la imposición de las multas por parte de las entidades públicas en vigencia de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado reiteró la tesis expuesta en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, como a continuación se expone:

*“El texto literal del artículo 14 de la ley 80 de 1993, dio lugar a que se entendiera que la entidad pública sólo podía hacer uso de sus poderes exorbitantes para declarar la caducidad del contrato estatal, así como para interpretarlo, modificarlo o darlo por terminado unilateralmente en tanto que otro tipo de medidas que antes podía tomar al amparo del régimen contractual anterior, como eran las multas y la declaratoria de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (arts. 72 y 73 decreto ley 222 de 1983) quedaban proscritas en el nuevo régimen de contratación estatal. Esta Sección en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, examinó el alcance del art. 14 de la ley 80 de 1993 en tanto no hacía mención alguna a otras facultades exorbitantes de la administración distintas a las que se acaban de señalar y en lo referente a las multas señaló:*

*“...Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal.*

*De acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como “aquella en que una*

---

<sup>197</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 9 de Marzo de 2000. Expediente 10540. MP. RICARDO HOYOS DUQUE.

*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”. Y el artículo 867 del C. Co. Por su parte expresa: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. “*

*“...De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor”.*<sup>198</sup>

En el año 2002 la Sala se refirió nuevamente a la facultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

*“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos” (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo.*

*Sin embargo, no debe perderse de vista que en la providencia citada también se destacó que debía tenerse en cuenta que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio) y que el mutuo acuerdo de las partes tenía validez en los contratos estatales como fuente de sanciones.*

---

<sup>198</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 29 de Junio de 2000. Expediente 16756. CP. RICARDO HOYOS DUQUE.

*Ello se traduce en que en la contratación estatal mantienen vigencia los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato.*

*Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente “las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria cuando se las hubiere convenido y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor las sanciones pecuniarias que se hubieren convenido”.*

*Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil).*

*Ya la sala en la providencia del 4 de junio de 1998 que se viene comentando, a propósito de los pactos establecidos en los contratos estatales, señaló que éstos “vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables”.*

*Dicho en otras palabras, con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero*

*nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa).”<sup>199</sup>*

### **2.4.3. Segundo Cambio Jurisprudencial.**

En el año 2005, mediante sentencia del 20 de octubre, expediente 14579, la Sala cambió de posición y estableció que según los mandatos de la Ley 80 de 1993, la Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del contrato, lineamiento que permaneció casi hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007. Las reflexiones hechas por la Sala, en esta oportunidad se transcriben a continuación:

*“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6°, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.*

---

<sup>199</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Junio de 2002. Radicación Número: 19488. Consejera Ponente María Elena Giraldo.

*En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos[4] y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.*

*Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,*

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

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

*(...) Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el*

*artículo 64 de este estatuto”[5] y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva “directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”[6] y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva[7]. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.*

*Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado[8], sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general[9]:*

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

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998[11] y del 20 de junio de 2002[12], pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de*

*solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.”*

*De conformidad con estos lineamientos, que la Sala ahora reitera, con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato.<sup>200</sup>*

De esta forma, el Consejo de Estado vuelve a la tesis inicial sobre la imposibilidad de imposición unilateral de multas por parte de la administración contratante, explicando que por remisión expresa del Artículo 13 de la Ley 80, las partes pueden válidamente pactar una cláusula de multas en el contrato estatal en ejercicio de la autonomía de la voluntad, *“pero lo que no pueden hacer [...] es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues [...] dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”*.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. MP. GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Radicación Número: 14579.

<sup>201</sup> A este respecto se precisan los alcances de la jurisprudencia de fecha 20 de octubre de 2005, según la cual, la Sección Tercera del Consejo de Estado, recoge la tesis sostenida en sentencias de 4 de junio de 1998, (Exp. 13988), y del 20 de junio de 2002, (Exp. 19488), en donde se argumentó que bajo la potestad de autotutela otorgada por el Decreto 222 de 1983, contenida en las denominadas cláusulas exorbitantes, la Entidad estatal podía declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso. Esto, se aclara, en vigencia del sistema anterior. Ahora bien, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, tal potestad fue derogada por lo que, *“... el poder exorbitante de declaración unilateral de incumplimiento desapareció como posibilidad autónoma, durante la vida del contrato o con posterioridad a su vencimiento, puesto que la administración no podrá declarar dicho incumplimiento sino como supuesto o apoyo para la declaratoria de caducidad del contrato”*. *“Desapareció así la posibilidad que traía el art. 72 del Dcto.222 para hacer efectiva, como se dijo, la cláusula penal pecuniaria; cláusula que ya no figura dentro del nuevo estatuto como cláusula obligatoria, pero que sí podrá pactarse de común acuerdo entre las partes”*. (Sent. Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de julio de 1997, C. P: Juan de Dios Montes). En el fallo de 20 de octubre de 2005, objeto

Ésta fue entonces la última posición de la corte, ratificada por la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto del 25 de Mayo de 2006, donde se señaló adicionalmente que frente a la inexistencia de regulación por parte de la Ley 80 de 1993 sobre el tema de las multas y la cláusula penal pecuniaria, cuando en un contrato estatal se pacten estipulaciones con la denominación de multas, éstas deben interpretarse de acuerdo con las reglas de la cláusula penal, razonamiento fundado en que la inclusión de dichas estipulaciones es permitida por el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993 cuando remite expresamente al Código Civil y al Código de Comercio, y por lo tanto, las mismas deben ser utilizadas en los términos de dicha normatividad por ser la única que las regula.

En este concepto se determinó también, que la imposición y ejecución unilateral de las multas en el contrato estatal varía según se refiera o no a contratos en los que se hubiera pactado la cláusula de caducidad, siendo posible para la administración en estos casos hacer exigibles unilateralmente las sanciones después de haber decretado la caducidad<sup>202</sup>, puesto que *quien puede lo más puede lo menos*, mientras que en el segundo caso, la administración debe acudir al juez del contrato para solicitar la declaratoria de incumplimiento.

Esta última tesis del Consejo de Estado es denominada como una posición intermedia, puesto que admite que la administración pueda imponer las multas previstas en el cláusulado a su contratista incumplido, pero solo cuando se haya pactado también la cláusula de caducidad, con fundamento en lo previsto del art. 18 de la Ley 80 de 1993 de donde deduce implícitamente que si la administración puede sancionar al contratista hasta inhabilitarlo para contratar con el Estado, e incluso poner fin al contrato por incumplimiento total, con mayor razón puede sancionar el incumplimiento parcial a través de las multas pactadas en el mismo y declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal.

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que el tema de las multas y cláusulas penales bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 dio lugar a posiciones encontradas y constantemente variadas en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, resulta claro que la

---

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

<sup>202</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. 1998. Pág. 367.

posibilidad de incluirlas al interior de los contratos estatales siempre fue aceptado con fundamento en el Artículo 13 de dicha codificación, puesto que su inclusión era realizada en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio también protegido por la normas aplicables, de donde se concluye que lo que realmente siempre fue motivo de discusión era la posibilidad de que la administración pudiera unilateralmente declararla como una típica exorbitancia o manifestación de prerrogativas públicas, discusión que terminaría siendo finalizada, en parte, por la expedición de la Ley 1150 de 2007.

## **2.5 LA LEY 1150 DE 2007**

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que modificó parcialmente la Ley 80 de 1993, las entidades del Estado recobraron o al menos se esclareció, su potestad para imponer unilateralmente multas y hacer efectiva la cláusula penal al contratista incumplido.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó expresamente competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas pero sin indicar de fondo el procedimiento a seguir para ello. El texto es del siguiente contenido:

*“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.*

*Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.”*

203

---

<sup>203</sup> Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007

De este modo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a la Administración pública para imponer y ejecutar las multas previamente pactadas para obligar al contratista a cumplir con las obligaciones establecidas.

*“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. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.”<sup>204</sup>*

Si bien la administración tiene la facultad de ejecutar la cláusula penal y la multa, se establece que deberá cumplir unos requisitos procedimentales mínimos con el objetivo de cumplir con el debido proceso recogido en la Constitución.

De la norma transcrita, debe destacarse la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad consagrado por la misma en cuanto establece las sanciones pecuniarias como facultativas, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación que la consagraban como obligatoria o no la contemplaban en absoluto. En consecuencia de lo anterior, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para exigir las de manera unilateral y obtener su pago por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma Ley, si éstas se hubieren pactado en el respectivo contrato<sup>205</sup>, teniendo incluso la facultad de declarar el incumplimiento del mismo para tal fin.

Así mismo, la norma es enfática en determinar el carácter coercitivo, compulsivo o conminatorio de la multa, cuyo ejercicio por lo tanto se encuentra supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150 de 2007, de manera explícita se establece que las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientadas a apremiar al contratista

---

<sup>204</sup> IBÍDEM

<sup>205</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009). Expediente 24639. MP. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. *“De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si éstas se hubieren pactado en el respectivo contrato.”*

para que dé cumplimiento a las obligaciones surgidas del contrato en la oportunidad y términos pactados.

Otro aspecto importante y que vale la pena resaltar, es el mandato contenido en el Parágrafo Transitorio de la citada norma, donde se extendió la facultad de utilizar estas potestades incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición<sup>206</sup>, lo que pareciera indicar un cierto grado de retroactividad de la norma, sin embargo, el Consejo de Estado ha explicado que esta facultad solo opera en los casos en que se hubiese previsto también la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas, por lo que tal disposición no es absoluta, sino que *“se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella”*<sup>207</sup>.

Tenemos entonces en este caso la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y ejecución de las sanciones pecuniarias<sup>208</sup>, siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto y aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que no corresponde a una aplicación retroactiva de la norma sino más bien ligada a la *“retrospectividad”* de la misma.<sup>209</sup>

Este fenómeno de la retrospectividad en el texto de la Ley 1150 de 2007, fue expuesto por el Consejo de Estado de la siguiente forma:

*“Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto*

---

<sup>206</sup> El citado parágrafo transitorio señala del Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala: *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

<sup>207</sup> CONSEJO DE ESTADO. Expediente 21754. MP. ENRIQUE GIL BOTERO. Julio de 2008.

<sup>208</sup> SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública. Editorial Legis. 2007.

<sup>209</sup> METODOLOGÍA Y TÉCNICA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA, 3ª edición, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1985. Pág. 226

*retrospectivo (...) permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*<sup>210</sup>

Por último, debe decirse que el Artículo 17 dispuso también que la decisión de imponer alguna de estas sanciones debe estar precedida de audiencia del afectado y tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho constitucional al debido proceso del contratista.

De hecho, este Artículo que consagra la competencia de la administración para imponer las multas se denomina “*Del derecho al debido proceso*”, de donde se extrae que si bien las autoridades administrativas tienen tal facultad, deben hacerlo bajo lo dispuesto en el Artículo 29 de la Constitución Política, pues tal como lo ha señalado el propio Consejo de Estado, “*El régimen sancionador, como expresión del poder punitivo del Estado, encuentra fundamento constitucional en los artículos 29 y 209 Superior, que disponen la aplicación a toda clase de actuaciones administrativas, del “debido proceso, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” y, el desarrollo de la función administrativa, conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Estos principios, así como el debido proceso, son aplicables a las diferentes modalidades de regímenes sancionatorios administrativos, tales el fiscal, tributario, cambiario, financiero, disciplinario, contravencional, etc., como lo ha destacado de manera reiterada la Corte Constitucional*”<sup>211</sup>,

Argumento por demás acertado de donde puede concluirse, que el debido proceso - como principio jurídico procesal sustantivo- debe ser aplicado de manera integral en el modo, fórmula o técnica de aplicación de sanciones contractuales.

Si se parte de la unilateralidad de la imposición de multas (primera parte del artículo 17), y que la decisión se sostiene por un carácter ejecutivo (art. 68 CCA.), el aspecto sujeto

---

<sup>210</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008, Expediente. 21574.

<sup>211</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO. Bogotá D.C., 25 de mayo de 2005. Radicación número 1632. Sanciones administrativas en materia de transporte terrestre automotor.

a análisis establece en su apartado, primero; que las entidades estatales pueden (deben) hacer efectivas directamente las multas y la cláusula penal, y en el segundo inciso, que para hacer efectivas esas sanciones, pueden acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos: (i) compensación de las sumas adeudadas al contratista, (ii) cobro de la garantía, (iii) o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Esto es consistente con lo establecido acerca del cobro de las sanciones (artículo 4-2 de la Ley 80 de 1993 (supra 4º)) y de igual manera se encuentra inscrito en el Estatuto Contractual en lo tocante a “*deberes y responsabilidades de los contratistas (art.5)*” dejando clara la postura del Estado para establecer garantía sobre los propósitos del contrato. En tal sentido, es cierto que la Ley 1150 de 2007 establece mecanismos flexibles en lo que a recuperación de las multas se refiere, figura que puede valerse de “cualquier otro medio” para la obtención del debido pago. Las limitantes a esa flexibilidad exigen la legalidad y proporcionalidad de estas vías de pago con pleno cumplimiento de los derechos del contratista-deudor, así como que los medios alternativos de pago deben siempre tener como propósito el desembolso de la multa de la manera en que es señalado en el artículo 1627 del Código Civil, “*la prestación de lo que se debe*”. Luego en concordancia con lo dicho anteriormente, las facilidades de pago implican una habilitación-deber hacia las entidades del Estado para obtener el pago de las multas, pero no como un medio de cambio del objeto de las mismas. Los ejemplos utilizados por la norma como el cobro de garantía, la compensación y el cobro coactivo, mantienen el principio pecuniario de la sanción y conservan el propósito del pago de la misma.

En todo caso, de conformidad con lo señalado, podemos concluir que en la actualidad existe una norma imperativa que faculta a la entidades públicas para hacer efectivas las multas y cláusulas penales pactadas en los contratos estatales, sin embargo, no existe una real definición de su naturaleza para una correcta aplicación de tales figuras, adicionalmente, si bien la norma incluye tal potestad dentro del principio de respeto al debido proceso en las actuaciones contractuales de la administración, la misma no señaló un procedimiento que garantizara un efectivo respeto a los derechos del contratista.

## 2.6 EL DECRETO 2474 DE 2008

El Decreto 2478 de 2008, con ocasión del vacío procedimental dejado por la Ley 1150 de 2007, buscó en su Artículo 87 reglamentar el procedimiento aplicable a la imposición de multas de la siguiente forma:

*“Artículo 87. Procedimiento de imposición de multas. De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.*

*Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.*

*En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.”<sup>212</sup>*

De esta forma, el decreto pretendía definir el procedimiento de la aplicación de las sanciones pecuniarias dejando el mismo a discreción de las entidades contratantes, quienes debían definir dicho procedimiento en su correspondiente manual de contratación. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró como inadmisibles *“que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al*

---

<sup>212</sup> Artículo 87 Decreto 2474 de 2008

*procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo*”.<sup>213</sup>

Esta postura fue tomada por el Consejo de Estado con base en los propios pronunciamientos de la Corte Constitucional, quien ha señalado a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, que todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la Ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo<sup>214</sup> como lo exige con fines de sistematización el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política de 1991.<sup>215</sup>

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado decide finalmente declarar nulo el procedimiento establecido en ésta norma, el cual sería remplazado posteriormente por la Ley 1474 de 2011.

## **2.7 LA LEY 1474 DE 2011. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN.**

En el capítulo séptimo de 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, con ocasión del intento fallido del Decreto 2474 de 2008 para definir el procedimiento necesario para la aplicación de este tipo de sanciones, se incluyen algunas disposiciones que buscan determinar un procedimiento que garantice la observancia del derecho al debido proceso en la ejecución de este tipo de cláusulas.

---

<sup>213</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 36054. Al respecto, señala también la sala que “*la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo*”

<sup>214</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.

<sup>215</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, puede consultarse la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

En este sentido, el artículo 86 faculta a la administración a *“declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*<sup>216</sup>, para lo cual, la norma establece un proceso que se inicia cuando la administración *“evidencia un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.”*<sup>217</sup>

Como se observa, la norma ratifica la potestad consagrada en la Ley 1150 de 2007, concediendo a la administración la posibilidad de aplicar unilateralmente las multas y cláusulas penales mediante decisión que estará precedida por una audiencia, con intervención del garante, en donde *el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.”*<sup>218</sup>

En esta parte del proceso, el jefe de la entidad expondrá los hechos que han motivado la actuación, la normativa aplicable y las posibles repercusiones que podría acarrear el incumplimiento de la obligación, así como los informes presentados por la

---

<sup>216</sup> Artículo 86 de la Ley 174 de 2010

<sup>217</sup> IBÍDEM

<sup>218</sup> IBÍDEM

interventoría frente a los hechos motivo de incumplimiento. Del mismo modo, el contratista podrá presentar sus alegatos que deberán ser escuchados y evaluados por la administración.

*“Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.”<sup>219</sup>*

Como se evidencia, la multa y cláusula penal es finalmente impuesta en la misma audiencia mediante acto administrativo, procediendo la presentación del recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma actuación. Considerando que la duración y naturaleza de una audiencia puede no resultar suficiente para la práctica de las eventuales pruebas solicitadas, la norma establece que *“En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”<sup>220</sup>*

De esta forma, la Ley 1474 de 2011 suplió el vacío dejado por el decreto 2474 de 2008 respecto al procedimiento para la aplicación de las sanciones pecuniarias pactadas en los contratos estatales, sin embargo, cabe preguntarse si dicho procedimiento realmente resuelve de fondo el tema de la aplicación de las sanciones pecuniarias, considerando que no existe la intervención vinculante de un tercero imparcial dentro de una audiencia finalmente precedida, manejada y definida por la Entidad juez-parte, quien muchas veces, carece del tiempo, las herramientas y los conocimientos necesarios para analizar y definir

---

<sup>219</sup> IBÍDEM

<sup>220</sup> IBÍDEM

correctamente circunstancias técnicas, administrativas y financieras que pueden incidir directamente en la naturaleza del conflicto y su solución.

Por otro lado, el artículo 90 impone una sanción de inhabilitación por incumplimiento reiterado, cuando concurra lo siguiente:

- Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales.
- Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales
- Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

Se observa que la Ley 1474 de 2011 fue consciente de la problemática de una indefinición en el procedimiento para dar cumplimiento a las facultades provistas por la Ley 1150 de 2007, y por tanto, establece mecanismos de regulación de la cláusula penal y las multas contractuales para forzar el debido cumplimiento del contratista, sin embargo, y como se mencionó, mantiene el imperio de una de las partes, con jurisdicción, competencia y decisión vinculante sobre la otra, adicionalmente, inserta sanciones que exceden el carácter patrimonial de dichas figuras, pero como consecuencia de ellas, lo que parece indicar su carácter exorbitante.

## **2.8. EL DECRETO 734 DE 2012.**

El principal aporte de el Decreto 734 fue el reiterar la aplicación del procedimiento contenido en la Ley 1474 de 2011 e incorporar el pago de multas y cláusula penal pecuniaria en los rubros amparados por el régimen de garantías aplicable a los contratos estatales; debemos decir, que si bien es cierto que la cláusula penal pecuniaria y la cláusula de multas siguen siendo tratadas como verdaderas exorbitancias del derecho público, el hecho de incluir el pago de las mismas en el régimen de garantías representa un posible

alivio para el contratista, la entidad y el contrato en si mismo, pues la aplicación de dichas sanciones no afectaría de manera inmediata el patrimonio disponible para su ejecución. Veamos a continuación los cambios que incluye el decreto 734 de 2012 en el tema en cuestión:

**Artículo 5.1.4°.** *Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones.* La garantía deberá amparar los perjuicios o sanciones que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo: (...)

**5.1.4.2.3** *Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.*

De esta forma el decreto incluye el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria como rubros o siniestros que de manera expresa deben encontrarse amparados a favor de la administración dentro de la garantía aportada por parte del contratista.

**Artículo 5.1.13°** *Efectividad de las garantías.* Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma: (...)

**5.1.13.2** *En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

**5.1.13.3** *En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

De esta forma, evidencia el Decreto 734 de 2012 una búsqueda por la regularización del procedimiento para la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y la cláusula de multas, no obstante, el mismo no modifica sino que ratifica el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 que, como se estudió en el aparte anterior, mantiene la concepción de cláusula penal pecuniaria como cláusula exorbitante de derecho público en una audiencia precedida por la administración en una posición de juez. Por otra parte, en su Artículo 8.1.10°, *Procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento*, el presente decreto expresa:

*“Para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para la estimación de los perjuicios sufridos por la entidad contratante, y a efecto de respetar el debido proceso al afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad observará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Para tal efecto, las entidades estatales señalarán en su manual de contratación los trámites internos y las competencias para aplicar dicho procedimiento.*

*En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si ésta aún era requerida por la entidad.*

**Parágrafo 1°.** *Al procedimiento indicado en el presente artículo deberá vincularse también a la aseguradora cuando el cumplimiento del contrato se encuentre amparado mediante un contrato de seguro.”*

Es necesario resaltar el esfuerzo del Decreto 734 de 2012 por garantizar un debido proceso en la aplicación de multas y penalidades a contratistas, considerando que es el contratista quien se encuentra, de manera deliberada, en una posición de desventaja frente a la administración y solo la ley puede determinar los medios de protección de éste ante posibles abusos por parte de las entidades contratantes ( como sucede de manera evidente no solo en Colombia si no en todas las legislaciones anteriormente estudiadas). Sin embargo, el hecho de que el las entidades administrativas continúen siendo juez y parte en este tipo de procedimientos, sin un tercero imparcial que pueda aportar un juicio o pronunciamiento realmente objetivo y técnico en el asunto a la hora de resolver este tipo de controversias, sigue contrastando con principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución como ya hemos señalado.

En todo caso, consideramos que en el presente decreto existe un avance dentro de la regulación del procedimiento para la aplicación de sanciones, pues permite asegurar el pago de la posible aplicación de multas y penalidades e incorpora expresamente a la aseguradora al “*procedimiento*” para tal fin, situación favorable al contratista en la medida que la aseguradora puede conocer de primera mano los inconvenientes presentados y coadyuvar eventualmente su posición.

Adicionalmente, consideramos importante la diferenciación realizada por los citados artículos 5.1.13.2 y 5.1.13.3 toda vez que establece y reafirma la naturaleza de estas cláusulas solamente referenciada anteriormente por la jurisprudencia, considerando a la multa como una medida preventiva y a la cláusula penal como medida definitiva. En este mismo sentido, consideramos como gran avance lo señalado por el Decreto al disponer que “*En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si ésta aún era requerida por la entidad*”, reiterando el carácter eminentemente coercitivo y apremiante de la multa contractual someramente establecido por la Ley 1150 de 2007<sup>221</sup>, permitiéndole al contratista corregir adecuada y oportunamente las eventuales circunstancias de incumplimiento.

---

<sup>221</sup> El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece que la multa “*procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*”.

## **CAPITULO TERCERO**

### **EL CASO METROLÍNEA. PROBLEMA PRÁCTICO DE LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS BAJO LA NORMATIVIDAD ACTUAL**

#### **3.1. INTRODUCCIÓN**

A continuación se presentará la aplicación de las sanciones pecuniarias en un contrato celebrado entre la empresa VARGAS VELANDIA LTDA. y la entidad pública METROLÍNEA S.A., contrato estatal que tenía como objeto la construcción de una troncal para el sistema integrado de transporte masivo en la ciudad de Bucaramanga y la ampliación de dos puentes vehiculares, obras que debían realizarse en un plazo de 10 meses: 2 de pre construcción y 8 de construcción, contados a partir de la legalización del Contrato y la firma del Acta de Iniciación.

#### **3.2. CONSIDERACIÓN PREVIA.**

Es importante señalar que el Contrato No. 007 de 2007 objeto de estudio fue financiado en su totalidad por el Banco Mundial, por lo tanto, dicho contrato se encontraba regulado –en principio- por las normas, procedimientos y demás establecidos por dicho organismo multilateral de crédito, tal como es señalado por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 en donde se establece que *“Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993.”*

No obstante lo anterior, los términos de referencia de la Licitación Pública Internacional que dieron origen al mencionado contrato señalaron expresamente que la normatividad aplicable sería la legislación colombiana, en especial la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y normatividad concordante<sup>222</sup>, adicionalmente y en este mismo sentido, las actuaciones adelantadas por METROLÍNEA S.A. durante la ejecución del

---

<sup>222</sup> METROLÍNEA S.A. PROYECTO NACIONAL DE TRANSPORTE URBANO PNTU. PRÉSTAMO BIRF 7231 CO. PLIEGOS DE CONDICIONES LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL LPI001 DE 2006. Pág. 93.

contrato fueron efectivamente fundamentadas –reiteradamente- en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007<sup>223</sup>.

Por tal razón, en tanto y en cuanto los pliegos de condiciones señalaron expresamente como legislación aplicable la consagrada en las normas nacionales para los contratos celebrados por entidades públicas, y puesto que METROLÍNEA S.A. efectivamente basó sus actos en tal normatividad, consideramos adecuado y pertinente el estudio del presente contrato con el fin de identificar la posible problemática práctica en la aplicación de las sanciones pecuniarias.

### **3.3. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES**

Las partes intervinientes son VARGAS VELANDIA LTDA. y METROLÍNEA S.A. La empresa VARGAS VELANDIA LTDA. es una empresa privada que desarrolla proyectos civiles, arquitectónicos y electrónicos para entidades públicas y privadas, según su sistema de calidad, buscando garantizar la satisfacción de sus clientes y a su vez el bienestar y crecimiento de la organización y de sus colaboradores.

Por su parte, METROLÍNEA S.A. es una empresa pública que tiene como objeto la ejecución, directamente o a través de terceros, de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para construir, operar y mantener el sistema integrado de transporte masivo de pasajeros para Bucaramanga y su área metropolitana.

### **3.4. EXPOSICIÓN DEL CASO**

El 20 de Noviembre de 2006, VARGAS VELANDIA LTDA. y la entidad pública METROLÍNEA S.A. suscribieron el Contrato de Obra Pública No. 007. Dicho contrato tenía como objeto la construcción de una troncal para el sistema integrado de transporte masivo sobre la Autopista Bucaramanga – Floridablanca, entre el puente vehicular de Cañaveral y Papi Quiero Piña, incluyendo el mejoramiento y ampliación de dos puentes

---

<sup>223</sup> Al respecto pueden verse las Resoluciones No. 117 del 3 de abril de 2008, No. 181 del 19 de Mayo de 2008, No. 484 del 29 de diciembre de 2009, No. 312 del 5 de abril de 2010, No. 483 del 29 de diciembre de 2009 y No. 313 del 5 de abril de 2010.

vehiculares sobre la Quebrada Zapamanga y sobre el Río Frío, obras debían realizarse en un plazo de 10 meses: 2 de pre construcción y 8 de construcción, contados a partir de la legalización del Contrato y la correspondiente firma del Acta de Iniciación del mismo.

El 2 de Diciembre de 2006 se suscribió la mencionada acta de inicio, dándose entonces comienzo al plazo contractual estipulado y a la etapa de pre construcción de la obra. Debe decirse que en esta etapa de pre construcción el pliego estándar de la licitación pública establecía, en relación con los estudios y diseños, la posibilidad a favor del Contratista de adaptarlos y/o modificarlos, presentar unos propios o realizar la combinación de todo lo anterior.

Con ocasión de esta facultad, el 15 de enero de 2007 la sociedad VARGAS VELANDIA LTDA. presentó a la interventoría del contrato algunas alternativas esquemáticas de estructura de pavimento que contemplaban las adaptaciones técnicas necesarias y requeridas para la correcta y responsable ejecución del proyecto, lo anterior, debido a significativas falencias desde el punto de vista técnico y constructivo de los diseños otorgados por la Entidad, diseños que incluso no podían considerarse como “de detalle” para adelantar la construcción, debido a especificaciones basadas en otras que diferían con la realidad, como por ejemplo, respecto al diseño del drenaje de alcantarillado donde se recomendaba el uso de un sistema sencillamente inoperante para la zona.

Debido a los planteamientos realizados por el contratista, el 17 de enero de 2007 la Interventoría recomendó a METROLÍNEA S.A. convocar a un Perito o Consultor Técnico para la solución de tales controversias, por lo que METROLÍNEA S.A. expidió la resolución de conflicto No. 034 de enero 19 del 2007 convocando la realización de tal peritaje técnico. Debido a lo anterior, el día 5 de febrero de 2007 el perito y/o consultor técnico designado emitió su pronunciamiento, en el cual conceptúo, entre otras cosas, que *“Luego de examinados los elementos de juicio, considero que la alternativa número dos de la propuesta presentada el pasado 25 de enero en la página 19 de 19 es desde el punto de vista técnico viable , pero el hecho de mover la rasante genera desde el punto de vista*

*contractual un serio impedimento para su implementación, por lo que le recomiendo al Contratista cumplir con los pliegos de referencia en su totalidad”*.<sup>224</sup>

Como corolario de lo anterior, el día 14 de febrero de 2007 la sociedad VARGAS VELANDIA LTDA. presentó a la interventoría observaciones técnicas y jurídicas sobre el concepto emitido por el perito y/o consultor técnico, solicitando consecuentemente la ampliación del término para la emisión de los certificados de conformidad de los diseños. Al respecto, el Contratista evidenció la necesidad de tener en cuenta el dictamen del perito quien efectivamente dio viabilidad técnica a los diseños aportados por el contratista, pero concluyó, que eran los pliegos los que impedían su aplicación debido a que los mismos no permitían realizar un “cambio de rasante”. Sin embargo, el contratista explicó que los procesos constructivos generan cambios y ajustes de rasante tal como había ocurrido en otros tramos adjudicados también por METROLÍNEA, siendo esta una situación común en el contrato de obra y que muchas veces, como en este caso, lograban alcanzar una mejor ejecución del objeto del contrato y beneficios para la entidad contratante y el contratista. Debe decirse que los ajustes propuestos por VARGAS VELANDIA LTDA., generaban un ahorro de más de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) a la entidad contratante.

No obstante lo anterior, METROLÍNEA S.A. negó las solicitudes realizadas por el contratista y manifestó que éste se encontraba obligado a suscribir el certificado único de conformidad con la totalidad de los diseños inicialmente aportados, amenazando que de lo contrario se daría por terminado el contrato de manera anticipada y unilateral por parte de la entidad mediante la aplicación de la cláusula de caducidad. Ante esta situación y debido a las inconsistencias en el diseño otorgado, el contratista solicitó la expedición de un certificado de conformidad parcial con el fin de consignar sus inconformidades, solicitud a la que la interventoría manifestó que no era viable acceder, señalando que el mismo debía suscribirse acogiendo la totalidad de los diseños so pena de dar por terminado el contrato como ya se había manifestado. Adicionalmente, la interventoría indicó que el “formato” de certificado adjunto al pliego no era susceptible de ser modificado por lo que lo único que procedía era su suscripción de forma pura y simple.

---

<sup>224</sup> Resolución de conflicto No. 034 de enero 19 del 2007.

Lo curioso de este concepto impuesto a VARGAS VELANDIA, es que fue contrario a lo acogido por METROLÍNEA S.A. en otros de los contratos de obra del sistema de transporte masivo celebrados con otros contratistas, pues a estos últimos, se les permitió la suscripción de certificados de conformidad parciales y la consignación dentro de su contenido de las salvedades y particularidades propias de cada caso.

Teniendo en cuenta la imposición por parte de la Interventoría y de METROLÍNEA S.A. de un Certificado de Conformidad acatando la orden de acoger la totalidad de los diseños realizados otorgados por la Entidad y realizados por la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, el 22 de Febrero de 2007 VARGAS VELANDIA LTDA. comunicó a la entidad las salvedades que consideraba responsable dejar, y las que en su momento fueron el presagio de los problemas que afectaron la ejecución de la obra, así:

*... “Sin embargo es nuestro deber profesional, antes del inicio de la etapa constructiva, señalar, que nuestra interpretación de los pliegos de condiciones no es la que nos ha impuesto Metrolínea y por tanto, en desarrollo del más elemental principio de lealtad y como colaboradores que somos de la administración pública así como en desarrollo de nuestra “Lex Art” o experticio profesional, tenemos que advertir, tal y como lo hemos explicado anteriormente en reiteradas comunicaciones, los posibles inconvenientes que la aplicación de los diseños de la UIS podrían ocasionar al proyecto, como lo son:*

*En el diseño geométrico se encuentra que no coincide la cota negra plasmada en los planos elaborados por la UIS con la cota negra real del terreno.*

*El diseño de pavimento presentado por nuestra compañía es técnicamente viable en opinión del perito.*

*El tema de drenajes es tal vez uno de los más graves para el proyecto, si se tiene en cuenta que lo diseñado por la UIS corresponde a una vía rural y no a una vía urbana, determinando la construcción de cunetas para evacuar las aguas lluvias por escorrentía superficial y más grave aun conectando esas aguas, captadas a través de unos pocos*

*sumideros, a la red de aguas negras existentes en el sector, lo cual además es técnicamente inadecuado y no está permitido por la CDMB.*

*En el tema de muros no se está teniendo en cuenta la buena capacidad portante de los suelos del área verificada luego de nuestra investigaciones geotécnicas, y se definen profundidades de cimentación mayores de 2 metros, con lo que se generarán dificultades de estabilidad en los taludes durante el proceso constructivo, teniéndolos que tender generando intervenciones y cierres importantes en la paralela, con las consecuencias en materia de movilidad que son evidentes. Adicionalmente no se tuvieron en cuenta para el diseño del refuerzo del muro las presiones ejercidas por el tráfico vehicular de la paralela ni tampoco se consideraron los esfuerzos por sismo, lo cual pone en peligro la estabilidad del muro, más si se tiene en cuenta que la región está caracterizada como zona sísmica alta.*

*Adicionalmente, en otros tramos del sistema integrado de transporte masivo de la ciudad de Bucaramanga, METROLÍNEA S.A. ha accedido a modificar condiciones geométricas, por cuanto es de imposible cumplimiento el mantenimiento de la cota negra (rasante) del diseño geométrico elaborado por la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER y teniendo en cuenta que las propuestas de los otros contratistas mejoran y/o corrigen en alguna medida los diseños entregados por el contratante, en consecuencia también ha permitido la expedición de certificados de conformidad parciales acogiendo parte de lo diseñado por la Universidad y haciéndose responsable de los diseños propios y/o modificados (como efectivamente sucedió con la Unión Temporal Conexión Metropolitana), todo lo contrario a lo que se le exigió a Vargas Velandia en el contrato de obra pública No. 007.”<sup>225</sup>*

De la misma forma, el contratista presentó solicitud de Amigable Composición ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros el 26 de Abril de 2006, procedimiento al que acudió de acuerdo al pliego de condiciones ante las graves falencias de los diseños que se le obligó a aceptar y por ende, ante los graves perjuicios que serían ocasionados al contratista, a la obra y a la comunidad por tal situación, exponiendo en los hechos de la solicitud que “Los

---

<sup>225</sup> Informe técnico de la Universidad Industrial de Santander del 22 de Febrero de 2007

*sobrecostos para METROLÍNEA S.A. y los perjuicios económicos que se ocasionarán por no acceder a las modificaciones de los diseños geométrico, de pavimento, de muros y de alcantarillado sustentada en supuestas restricciones jurídicas por la interpretación que da a los pliegos por una limitante al cambio de la rasante (lo cual si fue permitido a otros de los contratistas en el mismo proyecto), y por el contrario exigir sin fundamento la ejecución de la totalidad de los diseños UIS, son inevitables y ascenderán aproximadamente a una suma cercana a los tres mil millones de pesos”.*

Posteriormente, el 3 de marzo de 2007 VARGAS VELANDIA LTDA. radicó en METROLÍNEA S.A. el acta de inicio de la etapa constructiva, la cual, lógicamente correspondía a una fecha posterior a la determinación del Perito y a los debates sobre diseños, teniendo en cuenta que sólo para esa fecha se encontraban cumplidas las condiciones establecidas en los numerales 16.2 y 16.3 de los términos del Contrato y no con fecha 2 de enero del 2007 como pretendía la Interventoría y METROLÍNEA S.A., sin embargo, el 6 de Marzo de 2007, la Interventoría devolvió sin aprobación el Acta de Inicio bajo el argumento de que *“el inicio del plazo contractual de la etapa de construcción, empezó a correr a partir del 2 de enero de 2007, sin que se pudiera iniciar el desarrollo físico de la obra, por indefiniciones por parte de ustedes frente a los diseños”.*

Tal como se ve, el inicio de la etapa constructiva estuvo precedido de la permanente insistencia de la Interventoría y de METROLÍNEA S.A. para que el Contratista asumiera en su totalidad los diseños entregados por la entidad, ante lo cual, el Contratista nuevamente manifestó que se corría *“un riesgo que no estamos en capacidad de asumir”*, señalando así mismo que del análisis realizado por VARGAS VELANDIA LTDA. se concluía con claridad que la propuesta presentada para modificar los diseños era *“menos invasiva, evita destruir lo que está bueno, mitiga el impacto ambiental, de movilidad, de costos y social y abre alternativas para reorientar recursos en obras de urbanismo y ambientales, contrario a lo que puede generarse con la implementación del diseño UIS cuyos sobrecostos para la Ciudad y METROLÍNEA se estiman en \$3.375 millones, conforme lo expresamos en comunicación MT2-318-2007 del 14 de febrero de 2007”.*

De esta forma, aunque la entidad contratante estaba obligada a cumplir el principio de planeación y a entregar diseños constructivos al contratista según el contrato suscrito y

la normatividad vigente, tales obligaciones no se cumplieron, toda vez que METROLÍNEA S.A. otorgó diseños deficientes y no hizo entrega de los necesarios para estructuras de contención ni hidráulicos entre otros, lo cual, repercutió indefectiblemente en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista dado que la obra a ejecutar terminó siendo completamente distinta a la contratada, y en algunos puntos, de imposible ejecución de acuerdo a las especificaciones aportadas por la entidad. Adicionalmente, el 31 de agosto de 2007, es decir, a un mes del vencimiento del plazo inicialmente pactado, la entidad asigna mediante el contrato adicional No. 1 la reubicación de redes de alcantarillado pluvial, reposición de redes de acueducto y canalización de red de voz y datos entre otras obras, las cuales, por obvias razones, debían ser previas a la construcción vial a menos que la entidad encontrara lógico el hecho de construir las vías para luego demoler y corregir tales defectos a cargo del contratista.

Posteriormente y nuevamente por falta de planeación e incumpliendo el contrato, (habiendo concluido el plazo inicial y a un mes del vencimiento de la prórroga para todas las obras de redes) la entidad realizó una segunda adición para incluir la reubicación de la red eléctrica y traslado de Telecom, actividades también necesariamente previas a cualquier obra de construcción. Por esta razón, resultó que un contrato inicial de \$10.982.088.844 cuyo objeto era exclusivamente de construcción, pasó a ser también de diseño y obras de redes por cuantía adicional de \$4.010.147.966, lo que representa una falta de planeación de obras esenciales y previas por la entidad contratante en aproximadamente un 40% del valor inicial. Esta situación acarreó para el contratista la pérdida de la administración recuperable y devastó la utilidad previsible en el contrato, teniendo que seguir ejecutando el mismo con pérdidas considerables y bajo los parámetros de imposible cumplimiento establecidos por la entidad.

En este mismo sentido y como consecuencia de los deficientes estudios previos realizados por la entidad se encontró:

- Que era imposible para el contratista intervenir el costado occidental de la autopista incluida la zona Cuellar en los términos del contrato, ya que esta zona fue entregada hasta el 14 de septiembre de 2007, es decir, seis meses y medio después de iniciados los trabajos.

- Que fuera imposible iniciar la ejecución de las obras de la autopista, que eran prerequisite para iniciar los trabajos del retorno operativo, con el agravante de que en la zona se encontraron interferencias con redes de servicios públicos impidiendo el avance de los trabajos.
- Que las condiciones iniciales del Plan de Manejo de Tráfico se vieran afectadas por obras de alcantarillado y acueducto no contempladas en el contrato.
- Que los tiempos estimados para la calzada occidental no pudieran cumplirse debido a la cantidad de obra adicional (40% de la obra inicial) y con el agravante de que estas obras se debían ejecutar antes de la intervención de la vía.

Finalmente, el contratista presentó solicitud de ampliación de plazo insistiendo en los argumentos presentados con ocasión de las falencias en los diseños, sin embargo, la Interventoría no avaló dicha adición de plazo necesaria para la ejecución de las obras y que correspondía a 6.5 meses para finalizar lo originalmente contratado, lo anterior, sin tener en cuenta que posteriormente se firmaron los otrosíes 1 y 2 donde se amplió el alcance de obra y se adicionó el plazo en 3.5 meses, lo que conduce sin mayores esfuerzos a concluir que el proyecto requería al menos 10 meses para su construcción desde el 31 de Agosto de 2007.

Empero lo anterior, y a pesar de encontrarse el contratante adelantado distintos acercamientos con la entidad con el fin de lograr la debida ejecución del contrato a pesar de los inconvenientes presentados, la entidad contratante abusando de su posición dominante, sorprende al contratista mediante Resolución No. 113 del 18 de abril de 2008 por medio de la cual impone compensación por daños y perjuicios al Contratista y ordena que se efectúen descuentos por valor de doscientos noventa y dos millones novecientos treinta y ocho mil ochocientos diecinueve pesos con veintiún centavos (\$292.938.819,21), resolución que fue recurrida por el contratista ante la arbitrariedad en la aplicación de las compensaciones por parte de METROLÍNEA y avaladas por la Interventoría del contrato.

Posteriormente y como si fuera poco, la entidad comenzó a adelantar compensaciones sobre los pagos adeudados al contratista con fundamento en multas por atrasos en la ejecución de la obra, pero no solo los de la resolución aludida, sino de otras sin

resolución motivada que las decretara, llevando de esta forma a la inevitable iliquidez y parálisis de la obra, situación que ya había sido evidenciada por el contratante de la siguiente forma:

*“la entidad contratante anunció la deducción de las compensaciones por liquidación de daños y perjuicios situación sin motivación, que deja al contratista en riesgo de llegar a la parálisis de la obra por la retención de recursos mensuales que correspondan a obra ya ejecutada y que se requieren para contar con los flujos de caja necesarios para el avance de obra, los cuales directamente provienen de los pagos que el contratista recibe por la facturación presentada, pese a ello el contratista en un esfuerzo por cumplir con las obligaciones económicas contraídas con sus proveedores y trabajadores en la actualidad se encuentra al día con los salarios de los trabajadores y ha venido realizando algunos pagos a los proveedores para así aminorar la problemática y poder continuar con la ejecución de las obras.”*

De la misma forma, mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2008, el contratista informó al Banco Mundial –quien financiaba el proyecto- que la Entidad contratante pretendía descontar al contratista unas sumas importantes de su obra ejecutada en una indebida e inoportuna aplicación de la cláusula 49.1 del acápite “Datos” del Contrato, - Compensación por Daños y Perjuicios-, por lo que era necesario que el Banco Mundial como generador de las cláusulas contractuales, determinara la procedencia y aplicación de tal figura ya que la misma se estaba empleando antes del vencimiento del contrato a diferencia de lo consignado en los pliegos, que señalaban que sólo serían aplicables a partir de la fecha prevista de terminación de la siguiente forma: *El Contratista deberá pagar al Contratante Compensación por Liquidación de Daños y Perjuicios al monto por día fijado en los Datos del Contrato, por cada día de demora respecto de la Fecha Prevista de Terminación.*

Sin embargo, en evidente violación del clausulado del contrato, de los principios de la contratación pública, de lo establecido en la Ley y aprovechando el silencio del Banco Mundial al respecto, METROLÍNEA S.A. expide la Resolución No. 249 fechada el 18 de julio de 2008, comunicada y notificada en fecha posterior, mediante la cual confirmó la decisión contenida en la Resolución No. 133 del 18 de abril de 2007.

Ahora bien, no obstante la citada resolución decretó multas y compensaciones exclusivamente por doscientos millones de pesos (\$200.000.000), la entidad continuó aplicando compensaciones que superaron los mil millones de pesos (\$1.000.000.000), negando el pago de dichas sumas debidas al contratista, sin resolución o acto administrativo que las motivara y en contravención de lo dispuesto en el numeral 43.1 de las condiciones del contrato que establecía: *“El contratante deberá pagar al contratista dentro de los treinta (30) días de la fecha de cada certificado los montos que el Interventor hubiera certificado”*. Por lo tanto, ante el incumplimiento de la Entidad y pasados más de 56 días sin pagos efectuados por esta última, mediante oficio del 30 de julio de 2008 el contratista solicitó la Rescisión del Contrato No. 007 en virtud del incumplimiento en el pago por parte de la contratante.

Entre los aspectos que cabe resaltar se indicó:

*“Teniendo en cuenta que se ha configurado plenamente la ocurrencia de esta figura, el contratista por este medio comunica de la RESCISIÓN a METROLÍNEA S.A. por el incumplimiento grave de la entidad que se evidencia a continuación :*

*El numeral 43.1 de las Condiciones del contrato citado en la referencia señala que “El contratante deberá pagar al contratista dentro de los 30 días de cada certificado los montos que el Interventor hubiera certificado”.*

*Pasados los treinta días que menciona la norma se configura un incumplimiento en el pago , el cual adquiere la calificación de “incumplimiento grave”- que da lugar a la rescisión –si esta demora llega a los 56 días (...). “*

Ante esta situación, METROLÍNEA S.A. profiere la Resolución No. 279 *“Por medio del cual declara la Rescisión del contrato de Obra Pública 007 de 2006”* y posteriormente, el 29 de Diciembre de 2009, expide la Resolución No. 484 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato y exige el pago de la cláusula penal pecuniaria, equivalente al 10% del valor del contrato, llevando de esta forma no solo a que la obra no hubiese sido ejecutada en detrimento del interés general, sino también a la casi extinción del colaborador de la administración a pesar de que la inejecución del contrato no hubiese sido imputable a su conducta.

### **3.5. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO. LA EVIDENCIA DE LOS ABUSOS POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.**

Es importante resaltar que las circunstancias presentadas no corresponden a apreciaciones subjetivas o parcializadas nuestras, sino que las mismas conciernen a lo efectivamente encontrado y dispuesto por el Panel de Amigables Compondores, conformado en la Sociedad Colombiana de Ingenieros y designado para dirimir el conflicto presentado entre METROLÍNEA S.A. y VARGAS VELANDIA (hoy XIE S.A.), decisión que actualmente se encuentra en firme y confirmada en segunda instancia por un Laudo Arbitral.

En efecto, con el fin de dirimir las controversias presentadas y en busca de hacer valer sus derechos, VARGAS VELANDIA LTDA. acudió –en primera instancia- al mecanismo establecido contractualmente de Amigable Composición en la Sociedad Colombiana de Ingenieros –avalado por el Banco Mundial-, quien el 10 de Agosto de 2009, profirió decisión a su favor, señalando, entre otras cosas, lo siguiente:

*“Para los amigables compondores es evidente que METROLÍNEA S.A. no sólo abusó de su posición dominante en los contratos 006 y 007 de 2006, sino que trató a su contratista con hostilidad e intransigencia, contrariando lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 80 de 1993. Igual censura merece la Interventoría.”<sup>226</sup>*

*“En los contratos 006 y 007 de 2006 el Contratista tuvo que permanecer en obra mucho más tiempo del previsto al estructurar sus precios, por causas que le fueron ajenas, tales como falta e indefinición de diseños, diseños equivocados, demoras en la entrega de predios, obras no previstas, obras adicionales y complementarias, limitaciones en las áreas de trabajo por cuenta de modificaciones al plan de manejo de tráfico propuesto y negligencia de las Empresas de Servicios Públicos (...) Así que necesariamente incurrió en sobre costos que se ponderan adelante y que le deberán ser pagados por mandato de los artículos 27 y 28 de la ley 80 de 1993.”<sup>227</sup>*

---

<sup>226</sup> **SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS.** Fallo de amigable composición del 10 de Agosto de 2009. XIE S.A. contra METROLÍNEA S.A. Págs. 64 y 65.

<sup>227</sup> ÍDEM. Pág. 71.

*“Los factores de desequilibrio contractual, ajenos a la responsabilidad del Contratista, encontrados por los amigables componedores, justifican plenamente la extensión del plazo de los contratos. Por consiguiente, la imposición de multas o compensaciones por retraso es injustificada y violatoria del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y del artículo 87 del Decreto Reglamentario No. 2447 de 2008.”<sup>228</sup>*

*“LOS AMIGABLES COMPONEDORES consideran que existe desequilibrio contractual al pretender la contratante METROLÍNEA S.A. arreglar o compensar sus propias deficiencias, antes expuestas, con la imposición de compensaciones o indemnizaciones a XIE S.A. En consecuencia se decide que el valor de estas compensaciones y multas debe ser reembolsado a XIE S.A.”<sup>229</sup>*

*“EL CONTRATISTA VARGAS VELANDIA LTDA. (hoy XIE S.A.) tiene derecho a recuperar los costos Administrativos no resarcidos en la ejecución del Contrato, como consecuencia de la mayor permanencia en las obras debido a hechos ajenos a su responsabilidad y relacionados con los cambios de condiciones que tuvo el Contrato Principal.”<sup>230</sup>*

Así las cosas, la Sociedad Colombiana de Ingenieros ratificó los argumentos presentados por XIE S.A. y por lo tanto reconoció las indemnizaciones correspondientes, sumas exigibles que actualmente superan los diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000).

En vista de lo anterior, con el fin de eludir sus responsabilidades y desconocer el fallo en derecho proferido por el Panel de Amigables Componedores, METROLÍNEA S.A. decidió continuar con sus actuaciones contrarias a la buena fe, incumpliendo los mecanismos de soluciones de controversias que los modelos de contratación bajo Normas del Banco Mundial establecen, así como las normas nacionales que eran aplicables de conformidad con el contrato, optando por adelantar actividades desleales e improcedentes como la promoción de denuncias penales en contra de los amigables componedores y la presentación de varias acciones de tutela por los mismos hechos, todas las cuales fueron desestimadas conteniendo una identidad de pretensiones, así:

---

<sup>228</sup> ÍDEM. Pág. 72.

<sup>229</sup> ÍDEM. Pág. 98.

<sup>230</sup> ÍDEM. Pág. 132.

**La primera (1ª) acción de Tutela** presentada y negada a la sociedad METROLÍNEA S.A. fue resuelta en segunda instancia por el JUZGADO CUARENTA Y CINCO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante fallo del primero (1) de Septiembre de dos mil ocho (2008), en dicha oportunidad METROLÍNEA S.A. solicitó lo siguiente:

*“Declarar que la Sociedad Colombiana de Ingenieros –Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición – y los amigables componedores (...) no puede continuar el trámite de amigable composición provocada por la sociedad VARGAS VELANDIA LTDA., hoy XIE S.A., contra METROLÍNEA S.A., por vulneración o violación de los derechos fundamentales a la igualdad, autonomía de la voluntad y debido proceso por adelantar un trámite no querido por una de las partes (...)*

*Como consecuencia de lo anterior **declarar improcedente la instancia de Amigable Composición** (...) para que las partes queden en libertad de recurrir ante la instancia de solución de conflictos pactada o el Juez Natural del contrato para dirimir sus desacuerdos contractuales, toda vez que una de las partes, esto es, METROLÍNEA S.A. no pactó ni expresa ni tácitamente esa forma de auto composición y por ello no ha estado de acuerdo en continuar con el trámite de Amigable Composición.”*

**La segunda (2ª) acción de Tutela** presentada y negada a la sociedad accionante, fue resuelta en segunda instancia por el JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante fallo del treinta (30) de Septiembre de dos mil nueve (2009), en dicha oportunidad, de manera idéntica y evidenciado por la misma Corte Constitucional en Sentencia T – 153 de 2010, METROLÍNEA S.A. solicitó lo siguiente:

*“Declarar que la Sociedad Colombiana de Ingenieros –Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición – y los amigables componedores (...) no puede continuar el trámite de amigable composición provocada por la sociedad VARGAS VELANDIA LTDA., hoy XIE S.A., contra METROLÍNEA S.A., por vulneración o violación de los derechos fundamentales a la igualdad, autonomía de la voluntad y debido proceso por adelantar un trámite no querido por una de las partes (...)*

*Como consecuencia de lo anterior **declarar improcedente la instancia de Amigable Composición** (...) para que las partes queden en libertad de recurrir ante la instancia de solución de conflictos pactada o el Juez Natural del contrato para dirimir sus desacuerdos contractuales, toda vez que una de las partes, esto es, METROLÍNEA S.A. no pactó ni expresa ni tácitamente esa forma de auto composición y por ello no ha estado de acuerdo en continuar con el trámite de Amigable Composición.”*

De esta forma, en vista de la concordancia de las pretensiones en ambas acciones de Tutela, así como por la identidad de partes en las mismas, el asunto fue revisado por la Corte Constitucional por una eventual temeridad, quien encontró, transcrito de la Sentencia T – 153 de 2010, lo siguiente:

*Con lo afirmado, se observa que en realidad la accionante reitera la pretensión de la declaratoria de improcedencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos sin que pueda concluirse que los supuestos hechos nuevos invocados sean en sí mismos razones distintas de violación de sus derechos fundamentales. Sin duda, el hecho supuestamente violatorio de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y la autonomía de la voluntad privada, sigue siendo la conformación y desarrollo de la amigable composición como mecanismo de solución de las controversias surgidas entre las partes del contrato de obra pública.*

*(...) le es dado a la Sala afirmar que los problemas jurídicos que se pretenden resolver en esta ocasión son idénticos a los estudiados en el proceso de tutela anterior, pues las pretensiones persiguen iguales objetivos, y el hecho constitutivo de la supuesta violación de sus derechos fundamentales es nuevamente la conformación y desarrollo de la instancia de amigable composición.*

*“En efecto, el Juez 45 Penal del Circuito de Bogotá, desató la controversia propuesta en la primera acción de tutela y negó las pretensiones de METROLÍNEA S.A. por existir otros mecanismos de defensa judicial en el contencioso administrativo o en la*

*jurisdicción ordinaria civil, dado que la tutela no ha sido instituida para debatir conflictos contractuales.*”<sup>231</sup>

De ésta forma, la propia Corte Constitucional encontró que si bien fueron esgrimidos nuevos hechos entre una acción de tutela y la otra, es claro que la finalidad de ambas acciones consistía en restar eficacia y validez al trámite de Amigable Composición adelantado en la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Así las cosas, quedó evidenciada por el máximo tribunal Constitucional la mala fe y temeridad por parte de METROLÍNEA S.A. en el presente caso.

Finalmente, METROLÍNEA S.A. con el mismo propósito de restar validez a la decisión vinculante del trámite de amigable composición y en vista de la ineffectividad de las actuaciones impropias, resolvió –ahora si- proceder en derecho y utilizar el mecanismo de segunda instancia consagrado en el contrato, consistente en un Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Bucaramanga. En dicho Tribunal los Señores Árbitros desestimaron todas y cada una de las pretensiones de METROLÍNEA S.A., concedieron la razón a VARGAS VELANDIA y establecieron la procedencia, legalidad, validez y exigibilidad de la decisión de los amigables componedores. De esta forma, mediante LAUDO ARBITRAL proferido el 26 de julio de 2011 –el cual no fue objeto de recurso de anulación y por lo tanto en firme-, el Tribunal señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

*“No puede METROLÍNEA S.A. confeccionar los pliegos, establecer sus reglas de interpretación, señalar a la Sociedad Colombiana de Ingenieros como “conciliador” bajo el esquema contractual ya suficientemente explicado, con la finalidad de que como mandatario entrara a solucionar los conflictos enunciados en las cláusulas 24 y 25 de los términos de referencia, y después alegar ineficacia, objeto ilícito y falta de consentimiento de lo que ella misma redactó. Esa ambigüedad y falta de claridad por ella alegada a lo largo del presente proceso arbitral, le son imputables solo a ella y pesan en contra suya, y por ende no pueden trasladarse al contratista, quien confiado en la conducta vinculante y jurídicamente relevante de la Entidad, acudió a la Sociedad Colombiana de Ingenieros,*

---

<sup>231</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 153 de 2010.

*como mandatario de ambos, para que solucionara el conflicto, bajo el mecanismo de resolución de conflictos procedente contractualmente: la amigable composición.”<sup>232</sup>*

*“En mérito de lo dicho, concluye el Tribunal que no se dan los presupuestos señalados por METROLÍNEA S.A. para declarar la ineficacia de la amigable composición emitida el 10 de agosto de 2009. Por lo tanto, habrá de denegar la pretensión”.*

*“Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve declarar fundadas las excepciones propuestas por VARGAS VELANDIA LTDA. (Hoy XIE S.A.) de **inexistencia de razones para declarar la invalidez o ineficacia de la decisión del panel de amigables componedores, comportamiento contrario a sus propios actos, la interpretación que realiza Metrolínea no se acomoda a los criterios de interpretación legales, validez del mecanismo de composición adelantado y falta de presupuestos para la declaración de la ineficacia solicitada.**”<sup>233</sup>*

Es importante señalar que a pesar de lo expuesto en el presente punto, a la fecha METROLÍNEA S.A. se sigue negando a pagar las condenas en su contra y a favor del contratista.

### **3.6. COMENTARIO DEL CASO EXPUESTO**

Como se observa en el presente caso, encontrándose dentro del plazo contractual para analizar los diseños, el Contratista evidenció las falencias que los mismos presentaban y se las puso de presente a la entidad, y si bien la Interventoría acudió a la figura del perito técnico para determinar la viabilidad de la modificación sugerida por el contratista, finalmente le fue negado el derecho que le concedía el numeral 16.5 de los datos del Contrato y el Adendo No .3 del 25 de mayo del 2006, pues si bien se exigía la aprobación de la entidad, ésta acogió el concepto del perito técnico NO POR SUS

---

<sup>232</sup> Laudo Arbitral del 26 de Julio de 2011. Cámara de Comercio de Bucaramanga. METROLÍNEA S.A. contra XIE S.A. Pág. 65.

<sup>233</sup> ÍDEM. Pág. 81.

CONSIDERACIONES TÉCNICAS, SINO POR SUS CONSIDERACIONES JURÍDICAS, error craso que al final determinó los graves inconvenientes en la ejecución del contrato.

Adicionalmente y aún frente al concepto del técnico expuesto por el perito, se exigió por la entidad y la interventoría que el contratista asumiera como propios los diseños aportados, situación aceptable cuando la entidad cuenta con estudios precisos, o al menos ajustables sin que terminen constituyéndose en nuevos diseños, distinto a lo acaecido en este caso, donde lo que se evidenció con absoluta claridad, es que con dicha presión METROLÍNEA S.A. buscaba efectuar a la mayor brevedad un traslado de RESPONSABILIDAD hacia el Contratista, precisamente porque conocía a fondo los problemas en los diseños entregados, su falta de planeación y sus repercusiones al momento de ejecutar la obra.

De la misma forma, si bien se adicionaron plazos y valores al contrato, no es lógico que la entidad hubiese ampliado los mismos en un marco limitado que hacía imposible su cumplimiento, y especialmente, cuando los obstáculos se mantenían y la obra demandaba que ellos fuesen más prolongados en el tiempo físico, además, no se compadece con los principios de la contratación administrativa -que pregonan el equilibrio económico en los contratos, como negocios jurídicos conmutativos, bilaterales y onerosos-, que METROLÍNEA S.A. le cargara al contratista los efectos negativos de sus deficientes diseños, no sólo negando los cambios solicitados por este último, sino haciendo correr en su contra los términos contractuales cuando evidentemente no se podía iniciar la etapa constructiva sin que fuera resuelto este asunto, de manera previa, y junto a las implicaciones económicas que la indefinición y demoras envolvían.

En este orden de ideas cabe preguntarnos: ¿Cómo podía el contratista cumplir con el objeto del Contrato desde el 2 de febrero de 2007, cuando en utilización de los mecanismos contractuales previstos se necesitó discutir el tema de los diseños por más de dos meses en un contrato de diez meses? ; ¿Cómo podía el contratista cumplir con el objeto del Contrato en los términos inicialmente pactados, cuando sólo 8 meses después de iniciada la obra se le entregaron las obras de redes subterráneas previas a la construcción de las vías? <sup>234</sup> ;

---

<sup>234</sup> Independientemente de la extensa jurisprudencia al respecto, quien inclusive ha evidenciado algunas maniobras utilizadas por la Entidades para evadir su deber de planear correctamente las obras, debe decirse que la obligación de

¿Cómo podía el contratista cumplir con el objeto del Contrato cuando siendo el mismo de construcción, tuvo que asumir los diseños para poder lograr su ejecución y bajo un plazo imposible?<sup>235</sup>

Probablemente la única respuesta a dichos interrogantes consiste en que es inadmisibles que la entidad contratante entregue al contratista, casi a la finalización del plazo inicial del contrato, diseños y especificaciones que deben surgir de los estudios previos, otorgando para su ejecución un plazo imposible de cumplir, para después, sancionar al contratista por el supuesto incumplimiento en la entrega de las obras en esas condiciones, generando la inviabilidad del cumplimiento del contrato por parte del contratista, no por su negligencia, sino por la pasividad del ente administrativo en este caso METROLÍNEA S.A.

En efecto, mediante la resolución 133 del 18 de abril de 2008 proferida por METROLÍNEA S.A. se impuso una compensación por daños y perjuicios a VARGAS VELANDIA LTDA. (hoy XIE S.A.) por valor de doscientos noventa y dos millones novecientos treinta y ocho mil ochocientos diecinueve pesos con veintiún centavos (\$292.938.819,21), acto administrativo que fue proferido con fundamento en el Artículo 17

---

elaborar los estudios y diseños previos corresponde a un mandato imperativo de la Ley, quien señala no solo su obligatoriedad sino la imposición de sanciones a las Entidades y funcionarios que omitan dar cumplimiento a dicho mandato. El Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 señala en su numeral 12 lo siguiente: **“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”**. De manera inmediata, el Artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone en su numeral 3: **“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos”**. Finalmente, en este mismo sentido, el Artículo 30 de la misma Ley 80 de 1993 señala en su numeral primero: **“De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva (...). Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones”**.

<sup>235</sup> El contrato de obra pública contiene una naturaleza específica señalada por la propia Ley y que corresponde a las actividades de construcción, mantenimiento, instalación y en general cualquier TRABAJO MATERIAL sobre bienes inmuebles, pero nunca inherentemente a la ejecución de diseños o estudios necesarios para la construcción. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala en su numeral primero: **Contrato de obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago**. En contravía a lo señalado, el contrato mediante el cual la Entidad debe realizar los estudios previos a la obra, especialmente los diseños necesarios, corresponde realmente a un CONTRATO DE CONSULTORÍA, quien también contiene su naturaleza determinada en la Ley, tal como señala el mismo Artículo 32 ya citado en su numeral segundo, donde se establece: **“Contrato de consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico (...) Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”**.

de la Ley 1150 de 2007, aun cuando el contrato establecía que tales multas solo podían cobrarse a la finalización del mismo y no obstante haber entregado tardíamente las obras de redes, ante la falta de diseños definitivos, la falta de redes de servicios públicos y la inactividad de las empresas de servicios públicos.

Además de lo anterior, METROLÍNEA S.A. continuó reteniendo pagos con motivo de compensaciones que nunca fueron decretadas por acto administrativo debidamente motivado, y como si fuera poco, posteriormente, declaró el incumplimiento del contrato exigiendo la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, aun cuando el contrato fue ejecutado en un 98% de su meta física. Por lo tanto, tenemos en este caso práctico, y de acuerdo a las potestades que en materia de multas y cláusulas penales actualmente son otorgadas por la Ley 1150 de 2007, que la entidad:

- a.** Sancionó al contratista mediante la imposición de multas que en últimas, contrario a su finalidad esencial de buscar el debido cumplimiento de las obligaciones del contratista, hicieron imposible la ejecución del contrato, dejando al colaborador de la Administración en situación de iliquidez e indefensión pese a sus esfuerzos por terminar la labor contratada. Adicionalmente y no menos importante en este punto, debe resaltarse que las decisiones y actuaciones de METROLÍNEA S.A. conllevaron a que su contratista viera dramáticamente afectado su patrimonio, teniendo que acudir al proceso de reorganización empresarial contemplado en la Ley 1116 de 2006, tramite en donde al menos el ochenta por ciento (80%) de los acreedores de la sociedad corresponde a proveedores del contrato que nos ocupa, o a deudas adquiridas para la ejecución del mismo.<sup>236</sup>
  
- b.** Efectuó compensaciones por multas impuestas durante la ejecución del contrato en contraposición de lo estipulado en el texto del mismo y los pliegos de condiciones, por lo que la potestad sancionatoria dejó sin efecto alguno a la norma del Banco Mundial, a la voluntad de las partes y la naturaleza de la figura como sanción CONVENCIONAL.

---

<sup>236</sup> Mediante auto 430-003464 del 2 de febrero de 2009 proferido por la Superintendencia de Sociedades, la sociedad XIE S.A., antes VARGAS VELANDIA LTDA. fue admitida al trámite de reorganización empresarial del que trata la Ley 1116 de 2006.

- c.** Adelantó compensaciones sin tener en cuenta los argumentos a través de los cuales el contratista demostró que los desfases en el cronograma de obra tenían su origen en hechos y actuaciones ajenos a su actividad, tomando como base de tan trascendental decisión (imposición de compensaciones) solo los aspectos que la interventoría le enunciaba sin analizar las circunstancias de orden técnico, climático y jurídico que se le habían expuesto por el contratista y que por su plena existencia, habían llevado a que la entidad contratante, con el aval del consorcio interventor, prorrogara el plazo en varias oportunidades. Sin embargo debido a la potestad sancionatoria, la presunción de legalidad del acto y el principio de autotutela, las mismas fueron ejecutadas sin consideración a su ilegalidad.
- d.** Con fundamento en una –a todas luces- indebida interpretación de la Ley 1150 de 2007<sup>237</sup>, puesto que las norma del Banco Mundial remitía expresamente a la legislación nacional, la entidad realizó compensaciones incluso sin acto motivado que las decretara, ocasionando de esta forma la imposibilidad de culminar el contrato al no realizar los pagos debidos al contratista, lo anterior, mediante una vía de hecho que impone la carga a este último de adelantar un interminable proceso jurisdiccional para protegerse de tal vulneración. Ahora, si bien en este caso el contrato contemplaba la vía arbitral, el contratista debió sufragar todos los costos y gastos de dicho Tribunal, sin mencionar que una vez vencida, la Entidad continúa sin pagar las condenas en su contra.
- e.** Pese haberse ejecutado el objeto del contrato en un 98%, la entidad nuevamente basada en sus prerrogativas, bajo la presunción de legalidad del acto y el principio de autotutela, decide declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria. Esta situación sin mayores

---

<sup>237</sup> METROLÍNEA S.A. profirió las resoluciones demandadas con base en lo establecido por el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, sin embargo, olvidó METROLÍNEA S.A. que el contrato 006 de 2006 fue suscrito con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, adicionalmente, en el contrato no se pactó la posibilidad a favor de la entidad para ejecutar de manera unilateral la cláusula penal, razón por la cual no era aplicable el principio de retrospectividad e indiscutiblemente la entidad era incompetente para proferir los actos administrativos demandados por expresa disposición legal.

explicaciones, consiste en una clara violación al principio de proporcionalidad<sup>238</sup>, contraviniendo también de manera ostensible la Ley en que debía fundarse el acto como claramente ha señalado en repetidas oportunidades el Consejo de Estado, toda vez que *con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada (...)*

*En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual.*<sup>239</sup>

- f. Aplicó la cláusula penal establecida en el contrato con violación de todos los supuestos legales para la expedición de dicho acto administrativo, especialmente considerando que las normas del Banco Mundial remitían a la legislación nacional, tal como procedemos a señalar a continuación:

**FALSA MOTIVACIÓN:** *“Los motivos de un acto administrativo, son los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del acto, son las circunstancias que llevan a la Administración a expresar su voluntad y por lo tanto su existencia real fundamenta la legalidad de la misma. Entonces, cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la misma, o cuando los motivos que se expresan en el*

---

<sup>238</sup> SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. El control de proporcionalidad de la actividad administrativa. Editorial Tirant.2004. Págs. 207 y 208.

<sup>239</sup> CONSEJO DE ESTADO. M. P. ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 13 noviembre de dos mil ocho (2008).

*acto como fuente de la misma no son reales o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, el de la falsa motivación.*”<sup>240</sup>

De esta forma, el Honorable Consejo de Estado señala que los actos emitidos por la administración deben contener un mínimo de coherencia entre los hechos señalados como fundamento de su expedición y la realidad, argumento reforzado cuando señala que *“La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable.*”<sup>241</sup>

No obstante lo anterior, METROLÍNEA S.A. expidió el acto administrativo de aplicación de la cláusula penal con fundamento en un supuesto incumplimiento contractual por parte de VARGAS VELANDIA, incumplimiento inexistente de conformidad con la decisión proferida por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, quien de conformidad con las cláusulas del contrato No. 007 de 2006, era competente para conocer y resolver las controversias presentadas con ocasión de la ejecución del mismo.

En efecto, como puede evidenciarse de la decisión proferida por el Panel de Amigables Compondores, la Sociedad Colombiana de Ingenieros encontró que fue METROLÍNEA S.A. quien incumplió sus obligaciones derivadas del contrato y por lo tanto le condenó a resarcir los perjuicios causados a VARGAS VELANDIA, sin embargo, haciendo caso omiso de la decisión vinculante y obligatoria señalada, obviando el hecho que de conformidad con el contrato suscrito las controversias habían sido resueltas en su contra y negándose a dar cumplimiento nuevamente a sus obligaciones, METROLÍNEA S.A. decide proferir las resoluciones demandadas, declarando el incumplimiento de VARGAS VELANDIA y haciendo efectiva la

---

<sup>240</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Bogotá, D.C., julio diez (10) de dos mil dos (2002). Radicación número: 11001 03 27 000 2000 1151 01 11629

<sup>241</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". CONSEJERA PONENTE: CLARA FORERO DE CASTRO. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ref. : Expediente No.10051

cláusula penal pecuniaria, circunstancia abiertamente ilegal al contrariar una decisión de fondo que descartó cualquier tipo de incumplimiento por parte del Contratista decretando el de METROLÍNEA S.A., pero por otra parte, circunstancia que también reitera y evidencia la actitud abusiva, intransigente y negligente de METROLÍNEA S.A., tal como fue encontrado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

**INDEBIDA MOTIVACIÓN:** El acto administrativo de imposición de la cláusula penal<sup>242</sup>, en su parte considerativa y como fundamento para declarar el supuesto incumplimiento, enlista una serie de comunicados –la mayoría de ellos desconocidos por el Contratista - tales como las actas de Junta Directiva de METROLÍNEA -señalados en el numeral 3.3 y 3.4-, documentos internos de la entidad como los análisis de conveniencia en el otorgamiento de plazos y correspondencia cruzada con el Banco Mundial, entre otros, los cuales nunca fueron puestos en conocimiento de XIE S.A., ni de manera previa, ni con posterioridad a la promulgación de la mencionada Resolución.

Sin embargo, METROLÍNEA S.A. no dice nada en dicho acto administrativo respecto a la decisión proferida por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, fallo en donde se declaró que METROLÍNEA S.A. incumplió el contrato 007 de 2006, así como tampoco hace mención a las situaciones fácticas y técnicas del contrato que –contrario a las señaladas en la resolución- podrían evidenciar un eventual incumplimiento en su ejecución, tales como actas de obra, especificaciones y demás.

Adicionalmente, la mencionada resolución tampoco mencionan la falta de autorización expresa en el contrato para hacer efectiva la cláusula penal –como es

---

<sup>242</sup> Resolución No. 483 del 29 de diciembre de 2009, por medio de la cual, el Gerente General de METROLÍNEA S. A. declara en el artículo primero el incumplimiento del contrato de Obra pública No. 007 de 2006 suscrito con XIE S. A. (antes Vargas Velandia Ltda.); declara en el artículo segundo la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 31GU043378 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. y ordena en el artículo tercero hacer efectiva dicha póliza por el valor de la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del Contrato, es decir, por MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL VEINTE PESOS (\$1.873.362.020) M/CTE.

requerido por la ley 1150 de 2007<sup>243</sup> - ni los conflictos de competencia para hacerlo, de allí que junto con lo señalado en el numeral anterior, resulta palmaria la no solo una falsa motivación sino una también indebida o escasa e insuficiente motivación del acto.

En este mismo sentido, es importante señalar que además de estar el acto falsamente motivado según lo expuesto, lo estaba también de manera irregular, al omitir circunstancias esenciales que afectaron el normal desarrollo del contrato y cuyo origen no competía a VARGAS VELANDIA. El hecho que la resolución no se detenga a señalar los problemas comprobados de diseño entregados al contratista, de los que dan cuenta los contratos adicionales y las obras finalmente ejecutadas, y se limite a señalar dos adiciones con sus prórrogas correspondientes a tres (3) meses sin efectuar un verdadero análisis de cumplimiento de las obligaciones de ambos contratantes, hace indeterminada la motivación y por lo mismo vicia el acto que se demanda.<sup>244</sup>

**DESVIACIÓN DE PODER:** La sociedad METROLÍNEA S.A. al haber decretado un incumplimiento inexistente, al haber efectuado tal declaración aun después de haberse agotado el tramite señalado por la misma entidad para la resolución de conflictos, al haber actuado en contravía y con conocimiento de las condenas en su contra y al haber expedido el acto con una evidente falta de competencia, es claro que la misma actuó con abuso y desviación de poder.

Es preciso señalar que la desviación de poder se evidencia fácilmente al leer el acto de aplicación de la cláusula penal, en donde no se reseñan ni cuantifican

---

<sup>243</sup> Artículo 17 Ley 1150 de 2007: *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

<sup>244</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Daniel Suárez Hernández, Expediente rad. 5950 del 15 de Mayo de 1992 señala: *Cuando en los actos acusados el incumplimiento del contrato se atribuyó exclusivamente a la firma demandante, sin mencionar ni resaltar la falla que sobre la escogencia de la fuente de materiales tuvo el ente oficial, así como algunos factores imputables al fondo vial Nacional y a la Interventoría, tal calificativo implica inexactitud sobre aspectos de indudable importancia en el contrato y que conducen a la Sala al convencimiento de que los actos acusados se motivaron equivocadamente.*

siquiera sumariamente los supuestos perjuicios causados a la entidad y que se pretendían reparar con el cobro de la cláusula penal pecuniaria.

Adicionalmente, la sociedad METROLÍNEA S.A. durante toda la ejecución del contrato, tal como se encontró probado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, actuó de manera intransigente para con su contratista, presentando información falsa a la prensa, efectuando retenciones indebidas y utilizando mecanismos desleales que impidieron la ejecución normal de las obras, en este orden de ideas, frente a una actuación incompetente, frente a unos actos que desconocen pronunciamientos judiciales y frente a un acto falsamente motivado, en donde ni siquiera se señala el supuesto perjuicio que se pretendían resarcir, por cierto inexistente, junto con los antecedentes de actuaciones impropias por parte de METROLÍNEA S.A. que denotan una extraña cólera hacia su contratista, es claro que la entidad actuó con desviación de poder en la expedición de los actos demandados, puesto que no buscaba el resarcimiento de ningún perjuicio –no causados según el fallo ya aludido- sino perjudicar a la sociedad demandante como en efecto lo hizo a través de la ejecución del contrato.<sup>245</sup>

**FALTA DE COMPETENCIA:** METROLÍNEA S.A. especificó en su propio contrato cual era el mecanismo a adelantar para la resolución de los conflictos durante la ejecución del Contrato 007 de 2006, dicho trámite, el de la Amigable Composición, fue adelantado teniendo como resultado una declaración de incumplimiento en contra de METROLÍNEA S.A., sin embargo, con posterioridad, dicha entidad decide efectuar una declaración de incumplimiento en contra de VARGAS VELANDIA, actuación claramente realizada con falta de competencia puesto que METROLÍNEA S.A. no podía efectuar pronunciamiento alguno sobre temas debidamente resueltos por autoridad competente.

---

<sup>245</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 456 de 1998. *El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.*

Adicionalmente a lo anterior, debe señalarse que la sociedad contratista presentó desde el mes de Diciembre del año 2008 demanda en acción contractual en contra de METROLÍNEA S.A. con ocasión del contrato 007 de 2006, en donde se previno al Honorable Tribunal Administrativo de Bucaramanga de la existencia del trámite de amigable composición que se adelantaba sobre el tema sub iudice<sup>246</sup>, por lo tanto, las controversias presentadas en el contrato eran ya de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al momento de METROLÍNEA S.A. proferir los actos demandados, de tal suerte que ésta última había perdido competencia para declarar un supuesto incumplimiento como en efecto lo hizo mediante la resolución bajo estudio.

Por último, METROLÍNEA S.A. profirió las resoluciones demandadas con base en lo establecido por el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la cual faculta a las entidades públicas para ejecutar directamente la cláusula penal. Sin embargo, olvidó intencionadamente la entidad demandada lo dispuesto en el último inciso ya estudiado en el presente escrito, en donde se señala que *“Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*

Por lo tanto, dado que el contrato 007 de 2006 fue suscrito con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y en el contrato no se pactó la posibilidad a favor de la entidad para ejecutar de manera unilateral la cláusula penal, indistintamente de lo señalado inicialmente en el presente punto, la entidad era incompetente para proferir los actos administrativos demandados por expresa disposición legal.

**VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO:** Resulta palmario, considerando la falta motivación, la falta de

---

<sup>246</sup> Dicho proceso cursa en el Tribunal Administrativo de Santander con el número de radicación No. 2008 – 720 bajo la égida del señor magistrado JULIO EDISSON RAMOS.

competencia, la desviación de poder y demás irregularidades cometidas por METROLÍNEA S.A., que el acto administrativo de aplicación de la cláusula penal fue expedido violentando las normas jurídicas en que debía fundarse, pero adicionalmente a lo anterior, debe resaltarse que también violó lo establecido en el contrato celebrado, negocio que de conformidad con lo establecido en el Artículo 1602 del Código Civil es Ley para las partes.

En efecto, el contrato 007 de 2006 estableció en su cláusula DECIMA TERCERA que “*en caso de incumplimiento total de las obligaciones por cualquiera de las partes, la parte incumplida indemnizará a la otra en una cuantía del 10% del valor del contrato.*” sin embargo, el mencionado contrato fue ejecutado por VARGAS VELANDIA LTDA. en un noventa y ocho por ciento (98%) de su meta física, por lo tanto, la cláusula penal claramente no era ejecutable puesto que se previó la misma exclusivamente para el caso de “*incumplimiento total*”, lo cual claramente no ocurrió –en este caso tampoco parcial-.

Es importante también resaltar que este tipo de cláusula, una sancionatoria, tiene una interpretación restrictiva, por lo que la entidad no podía –independientemente de las violaciones señaladas- interpretarla a su acomodo, menos aún frente a la claridad textual y exegética de la misma.

**VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO:** Por último, también se encuentra dentro de los hechos que fundamentan la ilegalidad de la resolución 483 de diciembre de 2009, que la misma fue expedida con una evidente violación al debido proceso, puesto que de acuerdo a la Ley 1150 de 2007, la decisión de hacer efectivas las sanciones pecuniarias debe “*estar precedida de **audiencia** del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista*” (resaltado fuera de texto) procedimiento que no fue adelantado por METROLÍNEA S.A. y que incluso se reitera como necesario por el Decreto 4828 de 2008, reglamentario de la precitada Ley que en su Artículo 14 dispone: “**ARTÍCULO 14. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS.** Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías

*previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma: **14.3** En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente con el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.” (Subrayas por fuera del texto)*

Por lo tanto, al haberse omitido por parte de la entidad contratante el procedimiento necesario para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso al contratista, se está frente a una evidente vulneración de este principio constitucional e incluso, frente a una irregular expedición del acto por haber vulnerado toscamente las normas que establecen los requisitos de su creación, y que revela una conducta arbitraria y ominosa del señor representante legal de la entidad contratante, vindicativa del hecho que la Sociedad Colombiana de Ingenieros haya dado la razón a los planteamientos de VARGAS VELANDIA LTDA. en el trámite de amigable composición.

- g.** Las multas impuestas por METROLÍNEA S.A. tuvieron como motivación una supuesta compensación por daños y perjuicios, que como explicamos, distan de la verdadera naturaleza de las multas contractuales –función exclusivamente de apremio-, y peor aún, exigió posteriormente la cláusula penal pecuniaria que de acuerdo a la literalidad del contrato se encontraba pactada como tasación anticipada de perjuicios, entrando claramente en un doble cobro por una misma circunstancia.
- h.** Si bien el parágrafo del Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 permite la aplicación unilateral de multas a contratos celebrados antes de la expedición de la norma, como en este caso, también explicamos que tal disposición no es absoluta siendo necesario haberse pactado la facultad de la administración para aplicarlas.

Ahora, aunque en el presente caso no existía tal disposición contractual, la entidad actuó como si ostentara dicha facultad.

- i. Para la aplicación de las multas con resolución motivada, sin la misma, o para la declaración de incumplimiento y exigencia de la cláusula penal, no existió por parte de la entidad aplicación alguna al Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, donde se estableció que el debido proceso sería un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, por lo tanto, no hubo oportunidad del contratista para presentar descargos, solicitar pruebas, obtener la práctica de las mismas, presentar recursos contra los actos o providencias que fueron inexistentes, o para realizar cualquier acto tendiente a la protección a de este derecho fundamental. Tampoco se dio cumplimiento a las normas del Banco Mundial que permitían la aplicación de multas únicamente al vencimiento del plazo contractual.

De acuerdo a lo expuesto, queremos concluir que si bien es necesario dotar a la administración pública de prerrogativas que le permitan una fácil y adecuada consecución de sus fines, en algunos casos, ese poder otorgado puede constituirse en un arma de doble filo que puede incluso perjudicar o entorpecer la gestión estatal, junto con un evidente detrimento de los intereses particulares que tampoco deben desecharse o desprotegerse. Ahora bien, respecto a las cláusulas de sanción pecuniaria, lo único claro es que a pesar de las actuales disposiciones seguimos ante una indefinición de un procedimiento idóneo en este tema, donde en algunas oportunidades como el caso expuesto, la potestad sancionatoria otorgada a la administración ante estas figuras se traduce en arbitrariedad, ineficacia en la consecución de los intereses generales y violación desmedida de los derechos de los colaboradores de la administración en su práctica contractual.

Como se evidenció en el capítulo segundo, la potestad sancionadora tiene la finalidad de inducir el cumplimiento del contrato. En este sentido, la multa es una medida coercitiva provisional con el objetivo de hacer cumplir la obligación principal, sin embargo, se observa en el presente caso concreto una utilización punitiva de la figura que vulnera el principio de buena fe en la ejecución de los contratos, utilizándola para imponer su

voluntad, sin considerar el principio de consecución del bien general que debe regular todas las actuaciones de la administración pública.

De este modo, es claro que para que exista una sanción, debe existir negligencia en la realización del contrato, y que esta conlleve el incumplimiento de la obligación del mismo, es decir, si el incumplimiento del contrato deriva de elementos sobrevenidos y que no fueron considerados ni por el contratista ni la administración pública, no puede o debería la administración imponer sanciones pecuniarias, pues incurriría en una decisión antijurídica por violación al principio de igualdad y al debido proceso.

Sin embargo, en el presente caso la entidad pública METROLÍNEA S.A. claramente actuó de forma incorrecta, negligente e intransigente, utilizando las herramientas que le ofrece el ordenamiento jurídico para actuar de forma abusiva y contraria a los fines de la administración pública, circunstancia que finalmente fue evidenciada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, quien contractualmente se encontraba facultada para definir las controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato, fallo posteriormente ratificado por una Laudo Arbitral, que si bien decidió favorablemente las pretensiones del contratista, a la fecha éste último se encuentra en proceso de reorganización y sin recibir el pago de las condenas a su favor.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CLÁUSULA PENAL Y DE MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

#### **4.1. INTRODUCCIÓN**

Revisada la doctrina, el derecho comparado y un caso específico donde se refleja la actual problemática que presentan las cláusulas penales y las multas en las contratación estatal, se procede en este cuarto capítulo a enumerar los diferentes planteamientos observados y a proponer eventuales soluciones a la aplicación problemática de dichas figuras en nuestro ordenamiento, de tal forma que exista una efectiva garantía al principio de protección del bien general, principio rector en nuestro ordenamiento jurídico y que fundamenta las actuaciones de la administración.

#### **4.2. LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMO POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Aunque de manera general los negocios jurídicos se construyen a partir de la voluntad de una pluralidad de sujetos, en algunos casos, en dicha construcción no existe una verdadera participación de dos voluntades independientes e iguales, pues como señalan COLIN y CAPITANT, *“aún en los contratos en los que intervienen dos partes solamente, hay siempre una que se encuentra en una situación económica mas fuerte que la de la otra y que establece la ley del contrato. Así, en general, por lo menos en el préstamo, lo es el prestamista y en la venta, el comprador”*. A estos contratos denominados de adhesión se les ha querido negar su carácter contractual, precisamente por la ausencia de una verdadera independencia e igualdad en la discusión y construcción del contrato, lo que resulta a juicio de los citados autores infundado, puesto que *“el que adhiere a las condiciones que se le proponen es, en realidad, libre para no aceptarlas; puede rechazarlas en bloque y, por consiguiente, cuando las acepta da, sin duda, su consentimiento”*<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> COLÍN, Ambrosio y CAPITANT. Curso elemental de derecho Civil. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1960. Pág. 570.

Independientemente de dicha discusión, podemos señalar al contrato estatal como contrato de adhesión, especialmente considerando que a través de los pliegos de condiciones la entidad estatal define de manera unilateral todas las condiciones del futuro negocio jurídico, lo cual creemos se mantiene aun ante la posibilidad que tienen los interesados de efectuar comentarios a los mismos o de requerir aclaraciones y modificaciones dentro de los procesos de selección. Por esta razón, si bien las sanciones pecuniarias aparecen como una estipulación contractual respaldada por el principio de autonomía de la voluntad, consideramos que al ser el contrato estatal de adhesión, junto a la facultad del contratante para decretar y ejecutar tales sanciones otorgado por la Ley 1150 de 2007, nos encontramos frente a una verdadera potestad sancionatoria de la administración, aun cuando dichas cláusulas no se encuentran expresamente establecidas por la Ley como exorbitantes.

En relación con esta afirmación, la jurisprudencia se ha referido a la potestad sancionadora de la administración, en los siguientes términos:

*“La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones. En efecto, ‘la fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias.*

De este modo, la Corte legitima la potestad unilateral de la administración en la ejecución de las algunas sanciones, en este caso, por ser un medio necesario para forzar al contratista a cumplir lo pactado. Cuestión que reitera la Corte en la siguiente literalidad:

*“(…) se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines<sup>248</sup>, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento,*

---

<sup>248</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-597 de 1996.

*inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.*"<sup>249</sup>

En esta misma línea de pensamiento, la doctrina ha señalado que la potestad sancionadora de la administración es la *“atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.*”<sup>250</sup>

Considerando esta finalidad de la potestad sancionadora de la administración, podría señalarse que la imposición de sanciones contractuales tendría una naturaleza meramente correctiva, pues pretende instar o constreñir al obligado a cumplir los compromisos adquiridos para lograr la consecución de los cometidos estatales. Al respecto ha expresado la Corte Constitucional:

*“En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.”*<sup>251</sup>

Como consecuencia de lo anterior, el Consejo de Estado específicamente frente al tema en estudio, señaló en sentencia del 21 de febrero de 1986, expediente 4550, con

---

<sup>249</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-214 de 1994.

<sup>250</sup> OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Primera edición. Editorial Legis. Bogotá. 2000. Pág. 126.

<sup>251</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-853 de 2005.

ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, que *“Normalmente los poderes exorbitantes de la entidad miran a la correcta ejecución del contrato. Por eso puede imponer multas o sanciones para presionar o impulsar esa ejecución. Puede así mismo por razones de conveniencia pública y buena administración modificar el contrato en ciertos aspectos; o interpretarlo. En este orden de ideas se observa que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido y no logran el fin buscado, podrá terminarlo unilateralmente [...] Los poderes exorbitantes fueron dados por la ley para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución por la Administración o un tercero.*

No obstante lo anterior, a diferencia de las potestades sancionatorias de la administración y de las cláusulas exorbitantes señaladas en el artículo 14 de la Ley 80, que poseen una precisión legal, son de interpretación restrictiva en protección de los derechos particulares<sup>252</sup>, y que tienen su origen en una norma que establece su existencia o inclusión en determinado negocio jurídico, en el caso de las cláusulas de sanción pecuniaria nos encontramos frente a disposiciones no generadas en la Ley sino en la voluntad de las partes contratantes, pero que una vez pactadas, mutan en una prerrogativa a favor del Estado sin la existencia de una normatividad suficiente que permita garantizar su correcta utilización.

#### **4.3. PROBLEMÁTICA DE APLICABILIDAD Y DEBIDO PROCESO.**

En relación a la problemática de aplicabilidad y el debido proceso, surge que la administración, por imperativo legal, goza de la facultad de ejecutar la cláusula y la multa de forma unilateral, generado un entorno de inseguridad al contratista así como un ambiente de inseguridad jurídica en general.

Por esta razón, un sector de la jurisprudencia y la doctrina consideraron siempre que para imponer una cláusula penal es necesario acudir al juez del contrato, no teniendo dicha estipulación un carácter excepcional, y por lo tanto, inviables de ser ejecutadas de forma

---

<sup>252</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de Febrero de 2010. Expediente 16816. MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. El tribunal señala que *“De conformidad con lo anterior, cuando quiera que una entidad estatal pretenda imponer el pago de una suma de dinero a cargo de un particular, deberá existir en la normatividad la tipificación legal que le permita proceder en tal sentido, so pena de sufrir la sanción judicial por la ilegalidad de su proceder.”* En este mismo sentido puede consultarse la Sentencia del 13 de mayo de 2009, Radicación No. 27832 del Consejo de Estado con ponencia de RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

unilateral por la administración pública. Como dice el profesor DÁVILA: *“El silencio del tema de la multa en la Ley 80 de 1993 no obedecía a un olvido desafortunado e involuntario sino que es expresión del querer del órgano legislativo de extraer de la órbita administrativa juicios de valor propios de los jueces, salvo para casos que como el de caducidad, resultaba imprescindible mantener por los perjuicios que produce”*<sup>253</sup>

Actualmente, la potestad administrativa de imponer la sanción pecuniaria deriva de un acto intencionado del legislativo, pudiendo tal circunstancia ser una contraposición a los valores constitucionales tal como fue expuesto en su momento por PALACIO JARAMILLO, quien asegura que no se puede pretender transitar los caminos de un Estado competitivo, desregularizado, globalizado y desmonopolizado, basado, en su contratación, en el principio de autonomía de la voluntad y en las normas del Código Civil y el Código de Comercio, con regulaciones paralelas que contradicen abiertamente esta orientación y se fundamentan en la generalización de la exorbitancia pública y en la subordinación plena del contratista<sup>254</sup>.

Además, a partir del discurso legitimador que ha utilizado la administración: *“La capacidad unilateral de imponer sanciones pecuniarias se legitima por el bien común, es decir, garantizar la correcta ejecución del contrato”* nos resultan las siguientes interrogantes:

¿Un juez no puede garantizar el bien común y la correcta ejecución del contrato?  
¿Se presenta la capacidad unilateral de imponer sanciones por parte de la administración como un modelo donde una de las partes del contrato juzga, rozando por tanto la inconstitucionalidad?

Como afirma DÁVILA, la realidad es que de forma regular la administración utiliza la potestad para deteriorar las relaciones con el contratista y las actividades necesarias para cumplir con el objeto del contrato, siendo un claro ejemplo el caso práctico analizado en el

---

<sup>253</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Segunda Edición. Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia 2003. Págs. 249

<sup>254</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas Excepcionales en Revista de Derecho Público No. 17. Universidad de los Andes. 2004. Págs. 101 y ss.

capítulo anterior, y por tanto, afectado el interés público y el buen desarrollo de los contratos estatales.

Puede considerarse que en realidad no se afecta al interés público por la ausencia del poder excepcional de imposición unilateral de multas, ni se pierde el propósito sancionatorio de apremio que persigue por el hecho de que sea el juez o cualquier tercero imparcial el que la imponga, pues el contratista incumplido sabrá que inexorablemente llegará, así sea en el futuro. Por el contrario, puede pensarse que el mantenimiento del poder unilateral puede degenerar en arbitrariedad y consecuentemente ser inconveniente para la ejecución adecuada del contrato, ya que la experiencia demuestra que en muchos casos ha dañado y deteriorado las relaciones con el contratista, en perjuicio también del objeto contratado.<sup>255</sup>

Sin embargo y a pesar de lo anterior, como ya hemos señalado, no existe duda alguna que actualmente nos encontramos frente a una potestad sancionatoria de la administración respecto a las penalidades contractuales<sup>256</sup>, por lo que resulta necesario preguntarnos si tal situación constituye un verdadero avance o una garantía eficaz para la consecución de los intereses estatales.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece lo siguiente: *“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato<sup>257</sup>”*. En este mismo sentido, la

---

<sup>255</sup> IBÍDEM.

<sup>256</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General De Los Contratos Administrativos. Editorial Legis. 1999. Pág. 350.

<sup>257</sup> Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007

Ley 1474 de 2011 faculta a la administración a *“declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*<sup>258</sup>

De este modo, la Ley otorga bajo su literalidad la potestad de declarar el incumplimiento del contrato de forma unilateral exigiendo el cumplimiento de la cláusula penal y de las multas pactadas, sin embargo desde nuestro punto de vista, esta potestad sin mayor regulación especialmente frente al procedimiento y viabilidad de su ejecución, causa un daño en la relación y seguridad jurídica del contratista, que observa la posibilidad de ser requerido por la administración en cualquier momento, y obligarlo a hacer efectivas estas sanciones aun frente a la inexistencia de fundamentos para ello como en el caso practico estudiado.

Como ya hemos señalado, la Ley 1150 de 2007 otorgó esta potestad a las entidades contratantes, inclusive dentro de un artículo denominado “debido proceso”, sin embargo omitió señalar precisamente el procedimiento idóneo para garantizar la protección de dicho principio a los contratistas<sup>259</sup>. Posteriormente, el Decreto 2478 de 2008 buscó reglamentar el procedimiento aplicable a la imposición de multas, intento que finalmente resultó fallido toda vez que el Consejo de Estado declaró nulas las disposiciones al respecto, considerando como inadmisibles –con razón- que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del Derecho fundamental al debido proceso<sup>260</sup>. Como consecuencia de lo anterior, la Ley 1474 de 2011 establece un procedimiento de imposición de sanciones mediante audiencia que a nuestro parecer no contiene herramientas que garanticen plenamente la protección del debido proceso que le asiste al contratista, lo cual puede evidenciarse al concluir que el caso practico estudiado no habría sido muy diferente aun en

---

<sup>258</sup> Artículo 86 de la Ley 174 de 2010

<sup>259</sup> MATA, Ismael. La graduación de las multas administrativas. R.A.P. Número. 216 Pág. 104. *“Al sancionar las contravenciones tanto como al penalizar el incumplimiento contractual la Administración debe respetar las esenciales garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el principio non bis in ídem y la razonabilidad que exige proporción entre la infracción y la pena”*

<sup>260</sup> Ver CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Bogotá, D.C., sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 36054, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA y CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 229 del 18 de Marzo de 2003. MP. RODRIGO ESCOBAR GIL.

vigencia de dicha normativa. Finalmente, el Decreto 734 de 2012 reitera el procedimiento establecido en la Ley 1474 de 2011, haciendo énfasis en la necesidad de garantizar el debido proceso, con la intervención de la aseguradora y la cobertura de las sanciones pecuniarias en la garantía única a favor de la entidad, sin embargo, no incluye nuevos elementos que permitan afirmar una solución a la problemática expuesta.

Visto lo anterior, es claro que en la actualidad no existe una normativa suficiente para garantizar la aplicación de las sanciones pecuniarias en condiciones de necesidad, viabilidad, procedencia y respeto al debido proceso, haciéndose necesario definir dicho vacío para obtener una relación contractual basada en los principios de igualdad y verdadero respeto debido proceso, sin necesidad de vulnerar el principio de búsqueda esencial del bienestar público en tal cometido.

#### **4.4. LA CAPACIDAD COACTIVA DEL ENTE PÚBLICO A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA PENAL.**

Otra problemática que afecta la igualdad y el debido proceso en la aplicación de las sanciones pecuniarias es su capacidad coactiva no siempre justificada, lo cual produce una situación de ausencia de protección del contratista, y a nuestro parecer, vulnera los principios rectores de la contratación estatal.

Consideramos que existe una problemática de fondo proveniente de los poderes públicos, debido a la decisión del legislador de colocar la capacidad de contratación estatal en una situación de superioridad frente a los demás actores que pudieran intervenir en el contrato. Si bien esta situación provocaría la vulneración de preceptos constitucionales que forman los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico<sup>261</sup>, nos deberíamos de cuestionar ¿Qué beneficio general obtiene la ciudadanía con la capacidad unilateral de la administración pública de imponer sanciones de forma unilateral?

---

<sup>261</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas Excepcionales en Revista de Derecho Público No. 17. Universidad de los Andes. 2004. Págs. 101 y ss. “*En primer término es de indicar que las cláusulas exorbitantes, llamadas en la nueva normativa potestades de excepción, dependen de su concepción y orientación del tipo de Estado en el que se apliquen. En efecto, no es lo mismo su alcance y desarrollo en un Estado de corte monopólico público, como el que nos caracterizó bajo la Constitución de 1886, a lo que es y debe ser bajo el Estado competitivo propio de la Constitución de 1991.*”

Al hacer un análisis de las interioridades de la Ley 1150 de 2007, se puede establecer que representa una evolución positiva en lo que corresponde a la norma que le precedió, más allá de falencias que pueden ser identificadas con claridad y otros elementos que requieren de posterior solución. Si se tienen en cuenta los datos aportados por el trabajo “*Construcción del universo de referencia de la contratación*”, es significativo como un grupo de las entidades públicas (17,3%), se ven beneficiadas por normas particulares de contratación, aunque es conocido que algunas de estas entidades están sujetas a reglas específicas como compras reservadas y mercados cambiantes, que por razones obvias, no pueden ser incluidas en los regímenes generales. Las implicaciones de la heterogeneidad de regímenes contractuales se reflejan de manera negativa en la transparencia que debe primar en las compras del sector público, ya sea por la obligación de que sean de conocimiento público todas las características de los diferentes regímenes de contratación, o porque precisamente las características de los regímenes contractuales especiales continúan ocultos al conocimiento general.

Obviamente esta situación de escasa transparencia, afecta al propio interés público al no estimular la entrada de posibles contratistas al proceso de licitación de un contrato a celebrar por el Estado, toda vez que observan los peligros jurídicos y la indefensión que van a padecer durante la ejecución de la obligación principal.

En tal sentido, lo expresado en la Ley 1150 de 2007 mantiene sin solución adecuada las contradicciones descritas en el párrafo anterior. Así, pasan al régimen entidades como el FONADE y las Corporaciones Autónomas Regionales, mientras que otras como la ESAP se mantienen sin modificación. Es recomendable al menos que las entidades que mantienen regímenes especiales se les aplique lo que dispone la Constitución Política acerca de los principios de la función administrativa, con el ánimo de generar unas bases de contratación y actuaciones transparentes e iguales entre diferentes instituciones de la administración.

#### 4.5. EL PODER ABSOLUTO DE LA ADMINISTRACIÓN.

A lo largo del proyecto se han observado las claras falencias normativas, conceptuales y de aplicabilidad sobre la cláusula penal y la multa, esta situación ha generado un clima de “poder absoluto” para la administración<sup>262</sup>.

A nuestro modo de observar la situación, las falencias son provocadas por un legislador consciente de la necesidad de asegurar a “toda costa” el interés general, creando para ello un entorno legal que favorece claramente a la parte que simboliza el mencionado interés, es decir, las entidades públicas. Considerando que dotar a la administración pública de poder suficiente para ejecutar las sanciones pecuniarias -como medida de presión para que el contratista cumpla con lo pactado en el contrato- es la mejor y eficiente forma que se le ha ocurrido al legislador, es claro que existe una causa -garantizar el interés general- que podría ser justificación suficiente para tal característica, no obstante, esta situación podría desenfocarse al encontrarnos con que una relación de desigualdad entre contratante y contratista es hoy en día un requisito de la esencia en la contratación pública.<sup>263</sup>

Introducida la problemática, se podría pensar que el juez puede ser y es una institución que garantizaría el respeto absoluto de la legalidad, prevaleciendo el interés general sobre el particular, según mandato imperativo de la Constitución Política. La pregunta es ¿por qué el legislador no se ha decantado por esta solución? La respuesta es que un contrato estatal siempre está condicionado por un tiempo de ejecución valioso, pues su cumplimiento temporal es un requisito para las necesidades del interés general (por ejemplo, la administración necesita realizar una carretera en un tiempo establecido, de no hacerlo así, el transporte se dificulta, generando pérdida de empleo, sobrecostos, etc.), por

---

<sup>262</sup> BOTASSI, Carlos. Ensayos de derecho administrativo. Argentina. Librería Editora Platense S.R.L., 2010. p 173. “*ni la fuente ni la finalidad de la facultad punitiva dentro de un contrato en marcha correlacionan con el Derecho contravencional ni con el llamado “poder de policía”, antes bien su asimilación genera el peligro de que una Administración en manos de administradores abusivos interprete y ejecute el contrato dictatorialmente sin fundamento contractual ni legal que lo autorice.*”

<sup>263</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; SÁNCHEZ, Javier Santiago. Contratos administrativos: culturas y sistemas jurídicos comparados. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2007. Pág. 35. “*Se entiende que esa subordinación o sujeción está dada por la naturaleza desigual de las partes de la relación jurídica. Pero no se trata de una simple desigualdad de hecho, sino de derecho, y su fundamento radica en la autoridad o el poder que detenta la administración. Más aún: se sostiene de manera general que no existen contratos administrativos en donde no juegue el principio de subordinación jurídica del contratista.*”

tanto, de no existir una herramienta de presión hacia el contratista, caracterizada por su eficacia y rapidez, los contratos se prolongarían en el tiempo no lográndose la materialización de su alcance y objeto. Por este motivo, el legislador ha tratado que la administración tenga la facultad unilateral y autónoma de aplicación de las sanciones pecuniarias, no permitiendo en principio que un juez (con el proceso dilatado que conlleva) decida si procede aplicar la sanción.

Por tal razón y de conformidad con lo estudiado en el punto 1.6.2 del presente escrito, el legislador se ha decantado por incluir las cláusulas penales y de multas dentro del poder exorbitante del Estado con fundamento en el deber de control, inspección y vigilancia de los contratos que celebra.

#### **4.6. POSIBLE DESAMPARO DEL CONTRATISTA CON LA ACTUAL NORMATIVA.**

En el capítulo tercero, donde se analizó un caso real de un contrato estatal, se puede observar que en el transcurso de las obras pactadas pueden surgir problemas técnicos no imputables a la actuación del contratista, los cuales pueden generar sobrecostos y el requerimiento de un mayor tiempo para la oportuna ejecución del contrato, sin embargo, aunque en tales circunstancias la administración debe –por imperativo legal<sup>264</sup> buscar soluciones que permitan ejecutar correctamente el contrato, en este caso el contratista entra en una situación de indefensión jurídica, en la cual la administración puede ejecutar las sanciones analizadas sin siquiera contemplar la situación real del contrato ni su clausulado, generando un perjuicio económico que pone inclusive en peligro la viabilidad de los proyectos a ejecutar.

Es claro que la posición que adopta la administración en este caso obstaculiza el libre desarrollo de la obra, finalizando en la inviabilidad de cumplimiento de la obligación principal, de tal modo que el ente público- si bien debe presentarse como un órgano

---

<sup>264</sup> Al respecto podemos señalar, entre otras normas, el Artículo 4° de la Ley 80 de 1993 donde se señala: *De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa.*

colaborador, actuando en pro del bien común- termina tratando a su contratista colaborador de manera hostil e intransigente por distintos motivos, muchas veces como en el caso practico estudiado en el presente escrito, con el fin de soslayar su irresponsabilidad frente al deber de planeación previa de los proyectos.

En este sentido, consideramos que independientemente del fundamento y tratamiento que se le dé a este tipo de sanciones, es necesario que tanto el legislador como las entidades públicas conciban al contratista como instrumento necesario para el desarrollo del país y como un agente que desea mantener relaciones óptimas con la administración para seguir optando a futuras licitaciones, generando trabajo y desarrollo conjunto.

#### **4.7. INTERPRETACIÓN O ALCANCE DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS**

Dado que las sanciones pecuniarias se configuran hoy en día en una verdadera potestad a favor de la administración, cabe preguntarse si su alcance -en tratamiento y aplicación- debe obedecer o basarse en la escasa normatividad y en los lineamientos trazados por la Jurisprudencia, o en su defecto, debe obedecer al acuerdo de voluntades de las partes en caso que las mismas hayan definido el alcance que libremente decidieron dar a dichas estipulaciones contractuales.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de donde se desprende el carácter excepcional o potestativo de dichas cláusulas a favor de las entidades estatales, señala que estas ultimas “*tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*”, de donde podemos deducir que no pueden ejecutarse o exigirse estas sanciones si no fueron pactadas o incluidas en el contrato<sup>265</sup>, lo cual resulta común de conformidad con el análisis de derecho comparado realizado. De esta forma, junto al hecho de no existir norma especifica que obligue de manera imperativa a incluir este tipo de sanciones en los contratos estatales, es claro que las sanciones pecuniarias contractuales continúan teniendo su origen en la

---

<sup>265</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009). Expediente 24639. MP. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

autonomía de la voluntad de los contratantes al definir el negocio, de allí, que consideramos que igual tratamiento debería darse al alcance o interpretación de dichas cláusulas.

Independientemente de su carácter potestativo o exorbitante frente a la aplicación de estas sanciones, consideramos que si los contratantes han definido su alcance o contenido debe la administración respetarlo, atendiendo de esta forma a los principios más básicos de los negocios jurídicos. Como vimos en el capítulo denominado EL CASO METROLÍNEA, es claro que en el contrato 007 de 2006 fue pactada la multa como exigible únicamente al vencimiento del plazo contractual, sin embargo METROLÍNEA S.A., abusando de su posición y facultad, decidió aplicar la misma durante el plazo contractual, circunstancia que resultó en la inviabilidad de finalizar el proyecto y en una grave iliquidez del Contratista. En este mismo sentido, la cláusula penal fue pactada como exigible únicamente en caso de incumplimiento total del contrato, sin embargo, habiéndose ejecutado el mencionado contrato en un noventa y ocho por ciento (98%), METROLÍNEA S.A. también de manera arbitraria, decidió ejecutar la totalidad de la cláusula penal, incumpliendo claramente lo pactado contractualmente e incluso lo establecido por la normatividad nacional, que era aplicable de conformidad con lo establecido por el Banco Mundial.

En vista de lo anterior, consideramos que el carácter potestativo de las sanciones pecuniarias no puede desestimar el pacto o acuerdo de voluntades plasmado en el contrato, dejando por ende en indefensión al contratista, teniendo este último que acudir a un interminable proceso jurisdiccional para encontrar respetados sus derechos, circunstancia que consideramos debería encontrarse regulada por nuestra normatividad, definiendo si las sanciones pecuniarias contienen una naturaleza intrínseca o pueden ser moldeadas por las partes al definir el negocio, así como la imposibilidad y prohibición a la administración para obviar lo señalado en su propio contrato, menos aun de manera potestativa, arbitraria y unilateral. Con todo, consideramos que casos como el le permiten afirmar a algunos autores la existencia de una paradoja en la aplicación de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal.<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> AMAZO PARRADO, Diana. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. Red Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2009. p 23. “*La preocupación enunciada en este artículo consiste en determinar si el principio de la autonomía de la voluntad debe ser un principio absoluto e inmutable, o si por el contrario su campo de acción debe estar limitado por el Estado, específicamente, mediante el principio de legalidad,*

## CONCLUSIONES

### A. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL Y LA MULTA CONTRACTUAL

En Colombia el Código Civil entiende la cláusula penal –por regla general- como una acción indemnizatoria, por lo que algunos autores consideran que su denominación de “pena” solo posee una connotación puramente histórica. Sin embargo, en realidad dicha figura posee una doble función claramente aceptada por nuestra normatividad dependiendo del querer de las partes; como tasación anticipada de perjuicios o como sanción de premio. Adicionalmente, se menciona que puede poseer una tercera modalidad denominada garantía, amparada por el artículo 1529 del Código Civil colombiano, donde algunos autores sostienen que no se está frente a una cláusula penal sino ante una fianza. Todo esto le confiere a la cláusula penal una función ambivalente, definida como una estipulación contractual, libremente incluida por las partes, bien sea como medio de garantía, presión y apremio frente al cumplimiento de una obligación, o como una tasación anticipada de los daños y perjuicios que sufre el acreedor con el incumplimiento de la obligación principal, del deudor o de un tercer garante, que generalmente consiste en cancelar una suma de dinero por parte del contratante incumplido.

Acerca de la multa contractual, se puede establecer que a partir de la definición planteada por el Consejo de Estado colombiano ésta carece de carácter retributivo o indemnizatorio, puesto que busca exclusivamente forzar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, a diferencia de las cláusulas penales, al menos en su función indemnizatoria o natural, por tanto las multas están destinadas exclusivamente a asegurar la ejecución del contrato a través de medidas de coacción.

---

*con la finalidad de evitar el abuso en la contratación estatal por parte de uno de los contratantes en perjuicio de la otra parte, abuso que puede ser consecuencia de diversos factores, como la evidente desigualdad económica o la información asimétrica en que se encuentran las personas en el momento de contratar.”*

Así, se establece que mientras la cláusula penal en su función natural pretende una reparación o indemnización en dinero, la multa consiste exclusivamente en una sanción coercitiva pactada con el fin de obtener una ejecución efectiva y adecuada del contrato, circunstancia que permite diferenciar estas figuras, especialmente frente a la connotación ambivalente de la cláusula penal, pues como se señaló, la cláusula de multas posee una naturaleza estrictamente compulsiva o apremiante.

La aceptación de ambas figuras en un mismo negocio por parte del Consejo de Estado, se fundamenta básicamente en una diferenciación en el momento de su aplicación y en la naturaleza del incumplimiento del contrato, tal como se señaló por la Sección Tercera en sentencia del 1º de Octubre de 1992, expediente 6631, donde se afirma que las multas tienen como finalidad apremiar o compeler el cumplimiento adecuado del contrato, mientras la cláusula penal castiga o sanciona el incumplimiento definitivo del mismo, argumento posteriormente reforzado por la misma corporación.

De esta forma se puede concluir que a pesar de las posibles similitudes entre ambas figuras, las multas son exigibles durante el plazo de ejecución del contrato mientras que la cláusula penal solo puede serlo una vez vencido el mismo, pues como ya se indicó, durante la vigencia del contrato pueden encontrarse incumplimientos parciales que no hacen imposible su total ejecución, caso en el cual será aplicada una multa, mientras que una vez imposibilitada la ejecución del contrato por haberse vencido su término, será exigible la cláusula penal.

Se considera además la posición de autores que sostienen que la multa puede incluso establecerse cuando el incumplimiento ya se ha producido, distinto a la cláusula penal que debe estipularse antes del siniestro, lo cual revela de manera inicial la carencia de regulación normativa sobre la naturaleza de la cláusula de multas y que ha exigido el lineamiento de las mismas por parte de la Jurisprudencia que se propuso señalar su esencia y diferencias con la cláusula penal pecuniaria. En este sentido, y dado que la multa contractual comparte muchas de las características de la cláusula penal pecuniaria (ser accesoria, condicional, preventiva, pecuniaria, consistir de fondo en una garantía, e incluso ser estudiada bajo las disposiciones de esta última a falta de regulación normativa), es

importante pero inexistente en la legislación un adecuado establecimiento de las similitudes y diferencias entre ambas.

A modo de conclusión sobre este particular, se puede establecer que existe una falta de regulación que clarifique las diferencias de aplicabilidad de la cláusula penal y la multa en la contratación pública, no siendo suficiente la remisión a las normas del derecho civil, única herramienta que se posee en la actualidad. De este modo, y a pesar que la cláusula penal y la multa tienen unas similitudes importantes que podrían provocar confusión, la naturaleza del problema no deriva de la similitud sino de la inexistencia de una normativa clara que las regule, implicando al Estado y al derecho sancionador, en ocasiones, de forma equivocada. Así se concluye también que en algunos contratos pueden denominarse cláusulas penales a verdaderas multas y viceversa considerando el carácter volitivo de las mismas.

## **B. LAS SANCIONES PECUNIARIAS COMO CLÁUSULAS EXORBITANTES.**

Con ocasión de las complicaciones señaladas, durante el trabajo se abordó la aplicabilidad de la cláusula penal y la multa, ya sea como pacto por autonomía de la voluntad o vista como cláusula exorbitante, de donde podemos concluir que a pesar de ser una figura convencional o volitiva, una vez pactada –o impuesta- por la administración la misma adquiere una naturaleza de prerrogativa estatal. Además, se detectó la presencia de un grupo de características que se orientan más a explicar la aplicación de las cláusulas, que a responder sobre las particularidades de las potestades excepcionales. Basado en esto se llega también a concluir que a partir de las características que las hacen propiamente cláusulas exorbitantes, las penalidades contractuales parecen coincidir con la terminación unilateral y la caducidad, cláusulas que constituyen potestades excepcionales expresamente determinadas por la Ley.

Sobre el poder para sancionar con el cual cuenta la administración pública dentro de la contratación administrativa, se concluyó que no representa un derecho, sino que es una potestad; no lo constituye debido a que en la aplicación de dichas prerrogativas no cuenta

como finalidad el lucro para la entidad, ni tiene dicha prerrogativa origen en el contrato, sino en la Ley y en los principios de la contratación estatal y de la función pública.

Así las cláusulas en cuestión, se instituyen como reales potestades excepcionales que posee el Estado, pues aunque no fueron consagradas en el documento de la Ley 80 de 1993, su legitimación, por expresa disposición legal, se encuentra en el deber de vigilancia y control de los contratos mas no en el clausulado del contrato o la autonomía de la voluntad, adicionalmente, la aplicación de las penalidades contractuales por parte de la administración conllevan sanciones que exceden las posibles de ser pactadas entre particulares.

Por tanto, es necesario que se establezca la adecuada identificación acerca de lo que representa una cláusula exorbitante y las potestades excepcionales en los contratos estatales, como en los de características especiales, con detalle en los límites que se establecen para su aplicación en orden a contribuir de manera positiva a disminuir los criterios desfavorables hacia la claridad del artículo y sus implicaciones.

### **C. LAS SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

Las cláusulas penales y de multas se consagraron inicialmente como verdaderas cláusulas exorbitantes, pues contrario a la naturaleza volitiva o convencional que hemos explicado de las sanciones contractuales y a su correspondiente aplicación por parte del juez del contrato, el decreto 150 de 1976 estableció las mismas como obligatorias en los contratos celebrados por la Administración, y su cobro, como una prerrogativa de esta última con base a su potestad sancionatoria y como herramienta para la consecución de los fines del Estado. Las cláusulas penales incluidas en los contratos de la Administración, solo admitían su inclusión como una tasación anticipada de perjuicios, en otras palabras, en una función indemnizatoria, compensatoria o retributiva, quedando la cláusula de multas cumpliendo la adicional garantía de apremio, compulsivo o simplemente sancionatorio.

Con el objetivo de seguir la evolución de estas normas, para desarrollar la Ley 19 de 1982, se expidió el Decreto 222 de 1983, norma que creó el contrato de consultoría derivado del contrato de obra pública, amplió la nomenclatura de los contratos estatales, estableció por primera vez procedimientos para este tipo de contratos y mantuvo como obligatorias en la contratación pública las sanciones.

De cierta manera este decreto resulta muy similar al Decreto 150 de 1976, pues planteaba que en todo contrato que no fuera de empréstito, debería estipularse una cláusula penal pecuniaria que se hacía efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal era proporcional a la del contrato. Así mismo, la administración se encontraba facultada para “imponer” multas por lo que las mismas se entendían como una potestad o prerrogativa de la administración, lo que denotaba con claridad que al ejercer estas potestades la Administración se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista y que en forma unilateral lo obligaba al pago del valor de tales penas.

Respecto al Decreto 222 de 1983, es importante también especificar que el mismo consagraba un doble régimen en la contratación de la Administración, el del derecho privado y el público, situación que lograba diferenciar fácilmente los contratos de derecho privado de la administración y los contratos administrativos propiamente dichos, razón por la cual, en vigencia de dicha normatividad se utilizaba el concepto “imponer” para estos últimos, mientras que para los primeros, se necesitaba la declaración judicial del incumplimiento, pues la cláusula penal en este caso era tomada eminentemente como una convención entre las partes con base en la autonomía de la voluntad y a su situación de igualdad como acontece en el régimen civil.

Por lo que antes se planteó, se puede concluir que en un primer momento y sin lugar a dudas, las sanciones pecuniarias correspondían a una verdadera “Potestad Sancionatoria” de la administración, desdibujándose el carácter convencional de estas figuras para convertirse en una prerrogativa estatal en la celebración de negocios jurídicos y por lo tanto, para encasillarse dentro de las denominadas “Cláusulas Exorbitantes”.

Sin embargo, la Ley 80 de 1993, derogó el Decreto 222 de 1983 pero guardó silencio respecto a estas dos figuras con excepción de algunas referencias a las multas y sanciones, nombrándolas, pero sin aludir a su concepto, naturaleza, interpretación o aplicación. Pese a ello, por el peso de la tradición en la práctica consuetudinaria de los contratos estatales se siguieron estipulando este tipo de cláusulas, situación que no demoró en generar controversia respecto a su aplicación precisamente ante la carencia de regulación de la misma y la derogatoria del Decreto 222 de 1983.

Producto de lo anteriormente mencionado, fue la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de dar solución a la incertidumbre respecto a la inclusión de estas figuras en la contratación pública, sin embargo, tales pronunciamientos no fueron unánimes conllevando a la creación de distintas posiciones doctrinales mencionadas en el desarrollo de este escrito. De esta forma, el legislador no ha tratado de diferenciar la cláusula penal y la multa, su aplicabilidad, naturaleza, etc., motivado por la creencia de la efectividad al dar simplemente a la administración la posibilidad de ejecutar estas herramientas para compeler al contratista de realizar la obra en debida forma, pero, si bien esta motivación es justificable por el hecho de salvaguarda el interés general, crea un entorno de desigualdad y posible desamparo del contratista.

Las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 reviven de manera expresa el carácter exorbitante de la cláusula penal y de multas, pero no solo eso, sino que el Parágrafo Transitorio de la primera norma citada extendió la facultad de utilizar estas potestades incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, lo que pareciera indicar un cierto grado de retroactividad de la norma, sin embargo, el Consejo de Estado explicó que esta facultad solo opera en los casos en que se hubiese previsto también la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas, por lo que tal disposición no es absoluta.

Posteriormente fue expedido el Decreto 2478 de 2008, norma que en su Artículo 87 buscó reglamentar el procedimiento aplicable a la imposición de multas facultada por la Ley 1150 de 2007, sin embargo, dicho intento resultó fallido toda vez que el Consejo de Estado declaró nula dicha norma específica, considerando como inadmisibles que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos

procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del Derecho fundamental del debido proceso, el cual se reconoce a toda persona en el ordenamiento jurídico, especialmente, en el tema de aplicación de multas y cláusulas penales.

Finalmente, la Ley 1474 de 2011 establece un procedimiento de imposición de sanciones mediante audiencia que a nuestro parecer no contiene herramientas que garanticen plenamente la protección del debido proceso que le asiste al contratista. Finalmente, el Decreto 734 de 2012 reitera el procedimiento establecido en la Ley 1474 de 2011, haciendo énfasis en la necesidad de garantizar el debido proceso, con la intervención de la aseguradora y la cobertura de las sanciones pecuniarias en la garantía única a favor de la entidad, sin embargo, no incluye nuevos elementos que permitan afirmar una solución a la problemática expuesta.

#### **D. PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

En conclusión, se evidencia una problemática en la aplicación de las cláusulas penales y multas por varios motivos. El primero, por una falta de conceptualización de ambos términos, lo que genera una confusión a nivel jurídico para el legislador y el tribunal judicial, por otra parte, y como no podría ser de otra manera, esta falta de conceptualización se refleja en una ausencia y falencia de la normativa, que poco o nada aclara la situación, lo cual se traduce en la posibilidad de la utilización de forma arbitraria por parte de la Administración de las cláusulas penales y multas contractuales.

En lo referente a los problemas actuales de la cláusula penal y de multas en la contratación estatal, se concluye que se está en presencia de una verdadera potestad sancionatoria de la administración, aun cuando dicha potestad no se encuentra realmente regulada por la Ley, lo que haría que existiera una falta aparente de los requisitos esenciales de estas prerrogativas conllevando -como en el caso expuesto- a que con base en el mantenimiento del poder unilateral se llegue a la arbitrariedad y una indebida ejecución del contrato, puesto que la experiencia demuestra que una indebida utilización de estas figuras

puede deteriorar las relaciones con el sector privado, circunstancia contraproducente para lograr los fines del Estado.

De esta forma y concluyendo que en el presente tema estamos frente a una potestad sancionatoria de la administración, pero indebidamente regulada por el legislador, podemos cuestionar si se está en presencia de un verdadero avance o frente a una garantía ineficaz para la consecución de los intereses estatales. Creemos que esta potestad, en su situación actual, causa un daño en la relación y seguridad jurídica del contratista, que observa la posibilidad de ser requerido por la administración en cualquier momento y obligado a hacer efectivas las sanciones pecuniarias, aun cuando todavía se discute la verdadera naturaleza de las mismas dentro de una escasa regulación legal.

Considerando que la potestad sancionatoria corresponde a las sanciones disciplinarias y económicas previstas y autorizadas expresamente por la Ley, taxativas, de interpretación restrictiva y con fundamento en las prerrogativas públicas, tenemos que existe efectivamente un punto controversial frente a las penalidades contractuales, que tienen origen únicamente en el convenio creado por voluntad de las partes – son facultativas-, lo cual permite afirmar que las normas actuales no solo son insuficientes para definir la naturaleza, características y finalidades de estas figuras, sino que no logran resolver la situación de juez-parte de la administración en su aplicación, circunstancia que consideramos debería ser resuelta por el legislador atendiendo a la importancia del contratista en la relación negocial, así como la realidad práctica de la actividad contractual del Estado.

## **E. PROPUESTAS FRENTE A LA PROBLEMÁTICA EXPUESTA**

Considerando las justificación dada por el Consejo de Estado y la normatividad actual a la facultad de aplicar unilateralmente las sanciones pecuniarias por parte de la administración – interés general, autotutela, deber de inspección y vigilancia, prerrogativas públicas-, nuestra propuesta apunta por una normativa que logre asentar la naturaleza, definición y función de estas sanciones en la contratación estatal, especificando los casos en

los cuales la administración mantiene sus prerrogativas, describiendo aquellas condiciones que por suponer una amenaza al interés general la administración esté facultada para obligar a través de las sanciones pecuniarias a la realización del contrato en forma oportuna. De manera contraria, aquellos casos que no estuvieran especificados en la normativa y en el contrato expresamente por las partes, la administración no podría de forma unilateral aplicar y ejecutar la cláusula penal, teniendo que acudir al juez competente para determinar su aplicabilidad en función del grado de incumplimiento y peligro del interés general.

Consideramos fundamental que el legislador determine la naturaleza, fundamento y finalidad de las cláusulas penales y de multas en la contratación estatal, estableciendo también limitantes en su inclusión con miras a evitar transgresiones a principios básicos como la inviabilidad del enriquecimiento sin causa.<sup>267</sup> Como ya señalamos, la cláusula penal de manera general, tiene como objetivo obligar al contratista a indemnizar el daño ya generado, mientras que las multas tienen un objeto ligado a la ejecución del contrato con el fin que el contratista cumpla con el plazo y objeto negociado. Sin embargo, la cláusula penal en función de apremio, como ya explicamos, tiene también un carácter compulsivo y confinante a la ejecución del contrato como la multa, por lo tanto, consideramos que resulta inviable la inclusión de multas y de una cláusula penal en función de apremio en un mismo negocio jurídico, toda vez que se estaría sancionando una misma circunstancia en dos oportunidades, enriqueciendo sin causa a la entidad contratante y vulnerando el principio de *non bis in ídem*.

Así mismo, la restricción planteada debería imprimirse respecto a la inclusión de la cláusula de multas como resarcitoria de perjuicios –como en efecto lo hizo METROLÍNEA S.A.-, toda vez que dicha circunstancia desnaturalizaría la esencia de la misma, como ya hemos estudiado, pero adicionalmente impediría su pacto junto con la cláusula penal en su concepción natural, pues se entraría nuevamente a la situación descrita en el párrafo anterior.

---

<sup>267</sup> MARIENHOFF, Miguel. El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público. Pág. 73. Sostiene el autor que cuando la pena prevista en el contrato o en la ley que lo rige resulta desproporcionada en relación al incumplimiento que se reprocha al sancionado, es claro que dicha punición resulta ilegítima.

En todo caso, frente a la inevitable aplicación unilateral de las sanciones pecuniarias por parte de la administración, con el fin de preservar el principio de economía y celeridad permitiendo la resolución expedita y efectiva de las controversias suscitadas, consideramos que podrían incluirse figuras como peritajes especializados para el conocimiento exclusivo de estas circunstancias, los cuales serían vinculantes y resueltos de manera breve y oportuna atendiendo el estado de la obra, la naturaleza del conflicto y la resolución del mismo, atendiendo al interés general pero respetando los derechos de los contratistas y los términos pactados en el contrato, pero especialmente, atendiendo a la realidad técnica y financiera del negocio -muchas veces obviada por la Entidad-.

Consideramos que estos conflictos podrían encaminarse hacia la intervención vinculante de peritos técnicos previamente designados, o de órganos consultivos especializados, como la Sociedad Colombiana de Ingenieros o la Cámara Colombiana de la Infraestructura, quienes poseen las herramientas técnicas, jurídicas y de experiencia suficientes para resolver estos conflictos de manera alígera y sin inconvenientes respecto a los plazos de ejecución de los contratos, decisiones que por orden del legislativo deberían tener un carácter vinculante para las entidades y los contratistas, solo siendo controvertibles con posterioridad ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero extinguiendo al menos en parte la posición de juez-parte de la administración durante la ejecución del contrato.

Tal consideración encontraría sustento como posible solución si se confronta con el caso práctico estudiado, donde la oportuna intervención de un tercero objetivo, con conocimientos específicos y determinantes del negocio jurídico y su realidad, seguramente no solo habría evitado el retraso de la obra y la violación de los derechos del contratista, sino también la causación injustificada de un grave daño patrimonial al Estado<sup>268</sup>.

Adicionalmente, podríamos aprender de la experiencia francesa y alemana mediante la adopción de contratos marco en donde se identifiquen la condiciones específicas de estas cláusulas en los distintos negocios jurídicos celebrados por la administración, pues claramente los fundamentos de estas figuras son variables dependiendo de la naturaleza del

---

<sup>268</sup> Como se explicó en el caso estudiado, METROLÍNEA S.A., frente a la consideración técnica de un perito que permitía ahorrar más de 3.000 millones de pesos en la ejecución del proyecto, decidió desecharla con base en consideraciones meramente jurídicas que determinaron los problemas del proyecto.

contrato, siendo distintos los factores a considerar en un contrato de suministro, en un contrato de obra, o en uno directamente relacionado con la prestación de un servicio público básico o por urgencia manifiesta.

De esta forma, con la implementación de una normatividad completa, que otorgue mejores garantías al extremo contractual débil y que establezca la definición, naturaleza y funciones de estas sanciones, así como una claridad frente al ámbito temporal para su aplicación unilateral, consideramos que podría zanjarse la discusión frente a la naturaleza exorbitante o volitiva de las penalidades contractuales en la contratación estatal, así como definirse el límite entre lo público y lo privado, así como entre el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad, en la utilización de dichas figuras por parte de la administración.

## BIBLIOGRAFÍA

### a. DOCTRINA

1. ADAME GODDARD, Jorge. Los Pactos en las “Sentencias de Paulo” (Análisis del título 1 del libro primero). UNAM. México D.F. 2009.
2. ALTERINI, Aníbal. Derecho de obligaciones. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.
3. AMAZO PARRADO, Diana. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Red Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2009.
4. ARIAS RAMOS, José. Derecho Romano. Revista de Derecho Romano. Madrid. 1960.
5. ARIZA MORENO, Weimar. La cláusula de multas en la contratación estatal. Revista de Derecho Público No.11. Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2000.
6. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21ª Edición. Editora Malheiros. São Paulo. 2006.
7. BERCAITZ, Miguel. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2ª Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1980.
8. BEZZI, Osvaldo. El contrato de obra pública. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1976.
9. BIELSA, Rafael. Naturaleza jurídica de la multa administrativa. En Jurisprudencia Argentina. Tomo 60. Buenos Aires. 1972.
10. BIONDI, Biondo, Contratto Stipulatio. Editorial Giuffre. Milan. 1953.
11. BOHÓRQUEZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2004.
12. BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Traducida por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Editorial Reus. Madrid. 1929.
13. BOTASSI, Carlos. Ensayos de derecho administrativo. Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 2010.

14. BSCHORR/ZANNER. Die Vertragsstrafe im Bauwesen. 1 Auflage (1ª Edición). Múnich. 2003.
15. CASTÁN, José María. Derecho Civil. 2ª Edición. Editorial Reus. México D.F. 1958.
16. CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile. 1968.
17. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 2ª Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003.
18. DE CARLUCCI, Kemelmajer. La Cláusula Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1981.
19. DE DIEGO, Felipe Clemente. Instituciones de Derecho Civil Español. Imprenta de Juan Pueyo. Madrid. 1930.
20. DE LAUBADÉRE, André. Traité des contrats administratifs. T II. 2ª Edición LGDJ. Paris. 1984.
21. DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Manual del proceso de contratación en la administración central del departamento de Cundinamarca. Edicundi. Bogotá D.C. 1997.
22. DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2010.
23. DÍEZ-PICASO, Luis. El contenido de la relación obligatoria. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1964.
24. DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. Elementos del contrato estatal. Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá D.C. 2005.
25. ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heinrich. Derecho de las obligaciones. Tomo I. 2ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1954.
26. ESCOBAR ENRÍQUEZ, Álvaro B. El contrato estatal de obra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 1999.
27. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Bogotá D.C. 1998.
28. ESPÍN, Diego. La cláusula penal en las obligaciones contractuales. En revista de derecho privado No. 50. Madrid. 1946.

29. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; SÁNCHEZ, Javier Santiago. Contratos administrativos: culturas y sistemas jurídicos comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México D.F. 2007
30. GÁMEZ VIZCAÍNO, Javier Miguel. Práctica contractual administrativa. Editorial Legis. Bogotá D.C. 1999.
31. GARCÍA, Andrade; Derecho administrativo en la contratación entre privados. 2ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2005.
32. GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I. Editorial Lex Nova. Madrid. 2004.
33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 11ª Edición. Editorial Civitas. Bogotá D.C. 2002.
34. GARCÍA MUÑOZ, José Alpiniano. Derecho económico de los contratos. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2001.
35. HENAO HIDRÓN, Javier. Estatuto general de la contratación de la administración pública. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 1993.
36. HERRERA BARBOSA. Benjamín. Contratos públicos. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2005.
37. JEZE, Gastón. Principios generales del derecho administrativo, en Teoría general de los contratos de la Administración. 2ª Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1950.
38. KOCH. Die Vertragsstrafe im öffentlich-rechtlichen Vertrag am Beispiel von Ausbildungsförderverträgen; DÖV. Munich. 1998.
39. LACAZE. Edouard. De La Nature De La Stipulatio De Peine En Droit Romain. *Université de Paris*. Paris. 1889.
40. LARROUMET, Christian., Teoría general del contrato, Tomo I. 2ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1999.
41. LAUBADÉRE, André. Traite théorique et pratique des contrats administratifs. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1956.
42. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. 3ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2007.
43. LEÓN, Pedro. Recopilaciones de clases, Derecho Civil: Obligaciones. Editorial Abeledo-Perrot. Córdoba. 1969.

44. LLAMBIAS, Jorge. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. 8ª Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.
45. LOBATO, Jesús María. La cláusula penal en derecho español. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1974.
46. LOPES MEIRELLES, Hely. Licitações y Administración de Contratos, 13ª Edición. Editores Malheiros. São Paulo. 2002.
47. LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos en la licitación pública en México. UNAM. México D.F. 1999.
48. MARIENHOFF, Miguel. El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público. LL. 1989-E-969. Buenos Aires. 1989.
49. MATA, Ismael. La graduación de las multas administrativas. Revista de Administración Pública Número 216. Buenos Aires. 1996.
50. MATA LLANA ERNESTO, "La ausencia de estudios previos es una causa imputable a la administración que genera desequilibrio económico en los contratos administrativos y su nulidad." *Evento: I Jornadas de derecho constitucional y administrativo Ponencia: Libro: I Jornadas De Derecho Constitucional Y Administrativo.* Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2001.
51. MATA LLANA ERNESTO, "La urgencia manifiesta. Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución." Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2003.
52. MATA LLANA ERNESTO "Es nulo, por violación del debido proceso, el fallo de destitución de un funcionario público soportado en el desconocimiento de los principios de la función pública o de la contratación administrativa. *Evento: V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Ponencia: Libro: Memorias V Jornadas De Derecho Constitucional Y Administrativo - Los Procesos Ante Las Jurisdicciones Constitucional Y De Lo Contencioso Administrativo.* Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2005.
53. MENDOZA TORRES, Arnaldo. El nuevo estatuto de los contratos del Estado. Revista de Derecho 1. Universidad del Norte. Barranquilla. 1995.
54. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1984.
55. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 6ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2000.
56. OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2000.

57. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 4ª Edición. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Bogotá D.C. 2004.
58. PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas Excepcionales en Revista de Derecho Público No. 17. Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2004.
59. PARRA GUTIÉRREZ, William René, Los contratos estatales. 3ª Edición. Editorial Librería del Profesional. Bogotá D.C. 1998.
60. PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. 2ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1982.
61. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. 3ª Edición. Editorial Librería del Profesional. Bogotá D.C. 1985.
62. PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9ª Edición francesa por don José Fernández Gonzáles. 14ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1999.
63. POTHIER, R. J. Tratado de las obligaciones. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1978.
64. REYES, Laura. Ley De Contratación Administrativa. Reforma a la Contratación Estatal, Universidad Del Rosario. Bogotá D.C. 2007.
65. RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 5ª Edición. Editorial Leyer, Bogotá D.C. 2007.
66. RIVERÓ, Jean. Derecho administrativo. 9ª Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1984.
67. SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. El control de proporcionalidad de la actividad administrativa. Editorial Tirant. Valencia. 2004.
68. SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la contratación de la Administración Pública. Legis. 2007.
69. SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. La nueva contratación pública en Colombia. Legis. 2009.
70. SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado*. Estudios De Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara De Comercio De Bogotá. Universidad De Los Andes. 1996

71. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. 4ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003.
72. TRIMARCHI, Michele. La Clausola Penale. Editorial Giuffré. Milan. 1970.
73. VALENCIA, Zea. *Derecho Civil*, Derechos Reales. Tomo. II, 10ª Edición. Editorial Editorial Temis. Bogotá D.C. 1996.
74. VON THUR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Editorial Reus. Madrid. 1934.

## **b. JURISPRUDENCIA Y NORMATIVIDAD**

1. CAHIER DES CLAUSES ADMINISTRATIVES GENERALES TRAVAUX
2. CÓDIGO CIVIL DE ALEMANIA (Bundesgesetzbuch - BGB)
3. CÓDIGO CIVIL DE ARGENTINA
4. CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA
5. CÓDIGO CIVIL DE BRASIL
6. CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA
7. CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA
8. CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA
9. CÓDIGO CIVIL DE FRANCIA
10. CÓDIGO CIVIL DE MÉXICO.
11. CONSEJO DE ESTADO. Expediente 3615. Sentencia del 29 de Enero de 1988. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
12. CONSEJO DE ESTADO. Expediente 6631. Sentencia del 1 de Octubre de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
13. CONSEJO DE ESTADO. Expediente 5859. Sentencia del 14 de Diciembre de 1993. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández. Salvamento de Voto: Juan De Dios Montes Hernández.

14. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 4607. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Consejero Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.
15. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 13988. Sentencia del 4 de Junio de 1998. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
16. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 14558. Sentencia del 6 de Agosto de 1998. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
17. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 10540. Sentencia del 9 de Marzo de 2000. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
18. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 16756. Sentencia del 29 de Junio de 2000. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
19. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 18503. Sentencia del 22 de Febrero de 2001. Consejero Ponente: Alier Eduardo Enrique Hernández.
20. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 19488. Sentencia de 20 de Junio de 2002. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
21. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 15936. Sentencia del 18 de Marzo de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
22. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 15011. Sentencia del 19 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.
23. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 14579. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.
24. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 1632. Concepto del 25 de Mayo de 2005. Consejero Ponente: Enrique Arboleda Perdomo.
25. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 21754. Sentencia del 30 de Julio de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
26. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 38222. Sentencia del 13 de Noviembre de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
27. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 24639. Sentencia del 23 de Septiembre de 2009. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.
28. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 16816. Sentencia del 4 de Febrero de 2010. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
29. CONSEJO DE ESTADO. Expediente No. 36054. Sentencia del 14 de Abril de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

30. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 597 de 1996. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
31. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 214 de 1994. Actor: Álvaro Zapata Burgos. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
32. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 853 de 2005. Actor: Fernando Abello España. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
33. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 252 de 1994. Actor: Bernardo Carreño Varela. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
34. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 229 de 2003. Actor: Francisco Ramírez Cuellar. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
35. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 720 de 2005. Actor: Sady Yazmith Campos Hoyos. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
36. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente No. 4607. Sentencia del 23 de Mayo de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.
37. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente No. 7320. Sentencia del 7 de Junio de 2002. Magistrado Ponente. Silvio Fernando Trejos.
38. CONSEIL D'ETAT, 5 mai 1920, Hayem : Rec. CE 1920.
39. CONSEIL D'ETAT, 4 juin 1976, Sté Toulousaine immobilière. n° 85342.
40. CONSEIL D'ETAT, 29 oct. 2004, n° 269814.
41. CONSEIL D'ETAT, 29 déc. 2008, n° 296930.
42. COUR ADMINISTRATIF D'APPELLE LYON, 27 nov. 2008, n° 05LY02080,
43. COUR ADMINISTRATIF D'APPELLE PARIS, 23 juin 2006, n° 02PA03759
44. DECRETO 150 DE 1976.
45. DECRETO 222 DE 1983.
46. DECRETO 2474 DE 2008.
47. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Informe 13 del 7 de Junio de 2004. España.

48. LAUDO ARBITRAL del 26 de Julio de 2011. Cámara de Comercio de Bucaramanga. METROLÍNEA S.A. contra XIE S.A.
49. LEI DE LICITAÇÕES 8666/93. Brasil.
50. LEY 53 DE 1909.
51. LEY 80 DE 1993.
52. LEY 1150 DE 2007.
53. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DEL 30 DE OCTUBRE DEL 2007 (LCSP). España.
54. LEY 1474 DE 2011.
55. METROLÍNEA S.A. PROYECTO NACIONAL DE TRANSPORTE URBANO PNTU. PRÉSTAMO BIRF 7231 CO. PLIEGOS DE CONDICIONES LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL LPI001 DE 2006.
56. PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2004/18/CE.
57. REAL DECRETO LEGISLATIVO 2 DEL 16 DE JUNIO. España.
58. REAL DECRETO 1098 DEL 12 DE OCTUBRE 2001. España.
59. SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS. Fallo de amigable composición del 10 de Agosto de 2009. XIE S.A. contra METROLÍNEA S.A.
60. STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002.
61. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sentencia del 18 de Mayo de 2005. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.
62. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Acción Contractual No. 2008 – 720. XIE S.A. contra METROLÍNEA S.A. Magistrado Ponente: Julio Edisson Ramos.
63. VERGABE UND VERTRAGSORDNUNG FÜR BAULEISTUNGEN (Condiciones de adjudicación y contratación para servicios de construcción). Alemania.