



## POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

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

[...] el artículo 1592 del Código Civil establece que “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (...)”. [...] la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber: i) estimación anticipada de perjuicios; ii) medio de apremio al deudor, y iii) caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal.

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

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

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

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





cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

### PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Funciones

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, se ha dicho que este principio cumple dos funciones: “i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.”

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

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

### CLAUSULA PENAL Y TASACIÓN DE PERJUICIOS – Aplicación del principio de proporcionalidad. Graduación

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





Señor

**Deivy Yamid Bejarano Vergara**

[dbejarano@dadep.gov.co](mailto:dbejarano@dadep.gov.co)

Bogotá D.C.

### Concepto C – 442 de 2023

**Temas:**

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

**Radicación:**

Respuesta a la consulta P20230918015235

Estimado señor Blanco:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta remitida el 18 de septiembre de 2023.

### 1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta:

“La inquietud se presenta por cuanto existen contratos en los cuales se pacta la cláusula de multa y en ella misma, se establece cómo se cuantifica la





correspondiente multa. [...] a) ¿En un proceso administrativo sancionatorio de naturaleza contractual, cuando la administración pretende imponer una multa acordada en el contrato en la que se pactó su forma de tasación, es necesario hacer la cuantificación de los perjuicios del incumplimiento, atendiendo lo que dice el encabezado del artículo 86 de la ley 1474? O, por el contrario, b) ¿no es necesario tasar los perjuicios atendiendo la naturaleza de la multa y a que la cláusula que la regula, ya convino de antemano su forma de tasación. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta a), se solicita igualmente absolver el siguiente interrogante: c) ¿Cual prevalece, la tasación que se impone en la cláusula de multa o, la tasación del perjuicio?” (sic).

## 2. Consideraciones

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

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

<sup>1</sup> La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.





Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala “[...] los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”. En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tiene la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) Régimen Sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, sobre el régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los Conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-

<sup>2</sup> Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: “El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

“La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

“La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República como sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

“La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos”. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59.





060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C-720 del 25 de enero de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, C-193 del 12 de abril de 2022, C-085 del 29 de abril de 2022, C-807 del 25 de noviembre de 2022 y C-864 del 14 de diciembre de 2022, entre otros. Las tesis expuestas se reiteran y se complementan en lo pertinente.

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

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

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

Por su parte, las potestades exorbitantes del último grupo –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– son el resultado de una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato<sup>3</sup>. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007– se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se

<sup>3</sup> Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.





reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida en que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

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

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

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

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

**En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>7</sup>, en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, en el sentido de que, “[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de**

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Rad. 20.916. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Véase también: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. Magistrado Ponente; Álvaro Tafur Galvis.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.





***incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato***<sup>8</sup>.

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

En efecto, el artículo 1592 del Código Civil establece que “[l]a cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone que “[c]uando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse [...]”.

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

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

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

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.





persigue compulsar al deudor al cumplimiento de la obligación en forma oportuna, efectiva e íntegra.

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

## 2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de la Cláusula penal y la tasación de perjuicios.

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

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

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan, de forma esquemática, así: i) *citación a audiencia*. Es necesario remitir una citación a audiencia al contratista y al garante – cuando proceda–, cuyo contenido de señalará más adelante. ii) *Audiencia*. En la diligencia

<sup>10</sup> EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 181. Frente a este tema, David Suárez Tamayo expresa: “[...] las multas se han considerado como un apremio, acoso, conminación para que el contratista se ponga al día en sus compromisos, pero igualmente tienen una connotación sancionatoria; de otra parte, la penal pecuniaria es una estimación anticipada, pero no de perjuicios, es decir, tiene un carácter resarcitorio, indemnizatorio, de garantía, pero al igual que las multas, también puede llegar a considerarse como una sanción” (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA, 2014. p. 10).

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Op. cit., Exp. 17.009. *Ibidem*.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.





intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que llegue a efectuarse.

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

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

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

<sup>13</sup> Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]”.

<sup>14</sup> Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

<sup>15</sup> Esto se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020, el C-280 del 6 de julio de 2020 y el C-434 del 29 de julio de 2020.





cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

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

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

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

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





vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos<sup>16</sup>.

Además de lo anterior, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y la aseguradora se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio. Sin embargo, como lo expresa la doctrina, el término debe ser razonable y suficiente<sup>17</sup>.

**Ahora bien, frente a la tasación de perjuicios** la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que esta es discrecional por parte de la administración, **sin embargo, debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad**. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, se ha dicho que este principio cumple dos funciones: “i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.”<sup>18</sup>

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

<sup>16</sup> La posibilidad de realizar la audiencia por medios electrónicos cuenta con un fundamento adicional actual, en el Decreto Legislativo 537 de 2020, que establece lo siguiente: “Artículo 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

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

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

“Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto”.

<sup>17</sup> En este sentido, Suárez Tamayo indica: “La citación debe hacerse con un plazo anterior a la audiencia, razonable y suficiente, de modo que el contratista y la aseguradora puedan prepararse para la misma. Dado que la norma no estipuló dicho término se considera que el mismo no debería ser inferior, como mínimo de cinco (5) días hábiles, según la complejidad del hecho que genera la citación a audiencia, plazo que es el que comúnmente utiliza la legislación colombiana para hacer por ejemplo citaciones para notificaciones, o el que se utiliza por ejemplo para citar a audiencias en procesos disciplinarios verbales (Ley 734 de 2002)”. (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– y Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 165).

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.





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

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

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.”<sup>19</sup> (Subrayado fuera de texto)

Como se mencionó anteriormente, la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, y se pueden presentar dos situaciones: i) el monto estipulado no cubre los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o ii) el monto estipulado puede resultar excesivo, considerando que puede presentarse una ejecución parcial del contrato, para el primer caso, se debe acudir al juez, demostrar el monto de los daños sufridos y solicitar una reparación plena, sin perjuicio de que se pueda declarar el siniestro y el cobro de la cláusula penal, en caso tal de que hayan pactado dicha posibilidad en el contrato, en el segundo caso, el artículo 1569 del Código Civil establece que: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”<sup>20</sup>, en este caso, la entidad que pretende dar aplicación de la cláusula penal deberá determinar los perjuicios en atención a razones objetivas, razonables y proporcionales de acuerdo a los sucesos de los hechos.

La jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, ha precisado que, si bien la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios, si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independiente del monto del perjuicio, sin embargo tiene dos excepciones: i) la establecida en el artículo 1600 del Código Civil, según la cual no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp. 53877.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.





, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) la establecida en el artículo 1569 del Código Civil, mencionada anteriormente.<sup>21</sup>

Ahora bien, se encuentra la posibilidad de que la cláusula penal se vea reducida en proporción a la parte ejecutada del contrato, pero esto no significa que ese sea el parámetro del daño, porque “puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.”<sup>22</sup>

Finalmente, la Entidad Pública cuando al momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual tenga que cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, debe atender a los principios de proporcionalidad, y verificar: “i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual”<sup>23</sup>, con la finalidad de aplicar de manera razonada la cláusula penal pecuniaria y no incurrir en excesos.

### 3. Respuesta

“La inquietud se presenta por cuanto existen contratos en los cuales se pacta la cláusula de multa y en ella misma, se establece cómo se cuantifica la correspondiente multa. [...] a) ¿En un proceso administrativo sancionatorio de naturaleza contractual, cuando la administración pretende imponer una multa acordada en el contrato en la que se pactó su forma de tasación, es necesario hacer la cuantificación de los perjuicios del incumplimiento, atendiendo lo que dice el encabezado del artículo 86 de la ley 1474? O, por el contrario, b) ¿no es necesario tasar los perjuicios atendiendo la naturaleza de la multa y a que la cláusula que la regula, ya convino de antemano su forma de tasación. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta a), se solicita igualmente absolver el siguiente interrogante: c) ¿Cual prevalece, la tasación que se impone en la cláusula de multa o, la tasación del perjuicio?” (sic).

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> *Ibid*

<sup>23</sup> *Ibid*





Conforme a lo expuesto, la competencia atribuida a esta entidad por los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011 se limita a la resolución de consultas sobre la aplicación de normas de alcance general en materia de contratación estatal y compras públicas. Esta competencia de interpretación de normas generales no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sin número de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, haciendo abstracción del caso particular expuesto en la consulta y con sustento en las anteriores consideraciones, se recuerda que el monto de la cláusula penal pecuniaria tiene que atender al principio de proporcionalidad, y que de acuerdo con el artículo 1596 del Código Civil, se puede disminuir la pena de acuerdo al porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, que de acuerdo con la jurisprudencia citada, el monto no se determina por la magnitud del daño sino por la parte de ejecución del contrato que haya realizado el contratista.

Entonces, al momento de fijar el monto de la pena, se tendrá que tener en cuenta: “i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual”, con la finalidad de aplicar de manera razonada la cláusula penal pecuniaria, atendiendo a referentes objetivos claros y criterios que le sirvan de apoyo para tasar la proporción de la cláusula penal, de acuerdo con las pruebas, los hechos, y la valoración del incumplimiento (que puede ser total o parcial) por parte del contratista.

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

Por último, frente a la tasación de perjuicios la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que esta es discrecional por parte de la administración, sin embargo, debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, se ha dicho que este principio cumple dos funciones: “i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos





órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa

En todo caso, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis jurídico para cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador. Lo anterior en razón a que, al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado  
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

**Nohelia del Carmen Zawady Palacio**  
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Gabriel Alejandro Murcia Taboada  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Diana Carolina Armenta Celis  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio  
Subdirectora de Gestión Contractual

