

**BASE NORMATIVA PÚBLICA DE LAS CLÁUSULAS SANCIONATORIAS
COMO LO SON LA PENAL PECUNIARIA Y LA MULTA EN LOS CONTRATOS
ESTATALES**

**POR:
JOSÉ ALEXANDER CÁRDENAS PATIÑO
CHRISTIAN CAMILO CASTAÑEDA MANZANO**

**ASESOR METODOLÓGICO:
NINI JOHANNA BECERRA**

**ASESOR TEMÁTICO:
CARLOS OLIVARES SANTOS**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL**

AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA
2019**

BASE NORMATIVA PÚBLICA DE LAS CLÁUSULAS SANCIONATORIAS COMO LO SON LA PENAL PECUNIARIA Y LA MULTA EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Por:
JOSÉ ALEXANDER CÁRDENAS PATIÑO
CHRISTIAN CAMILO CASTAÑEDA MANZANO

RESUMEN

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en República Unitaria y desconcentrada por servicios, teniendo la potestad de realizar negocios jurídicos por medio de contratos con personas naturales y jurídicas, es allí, con la consecución de los fines del estado en cumplimiento de su función administrativa, puede imponer cláusulas sancionatorias como la multa y la cláusula penal pecuniaria dentro de los contratos estatales, exhortando al contratista del cumplimiento del objetivo del mismo, todo ello desde la potestad sancionatoria que emana desde la misma Constitución Colombiana y el desarrollo jurisprudencial de las altas Cortes.

Palabras claves: Potestad sancionatoria, derecho público, cláusulas sancionatorias, Cláusulas exorbitantes, terminación del contrato, caducidad administrativa, la multa y cláusula penal pecuniaria

ABSTRACT

Colombia is a Social Rule of Law, organized in the United Republic and decentralized by services, having the power to conduct legal business through contracts with natural and legal persons, is there, with the attainment of the aims of the state in fulfillment of its administrative function, can impose penalty clauses such as the fine and the pecuniary penalty clause within state contracts, urging the contractor to fulfill the objective of the same, all from the power of sanction that emanates from the same Colombian Constitution and the development of jurisprudence of the high Courts.

Keywords: sanctioning power, public law, penalty clauses, exorbitant clauses, termination of contract, administrative revocation, fine and pecuniary penalty clause

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es el conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las entidades del Estado puedan realizar sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad, esto se efectúa a través de los contratos estatales (Palacio, 2014, p 30) los cuales corresponden a todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, actos que se encuentran sometidos a la

normatividad vigente como lo es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Ley 80 de 1993.

Dentro del contrato estatal intervienen las entidades estatales como contratantes y los particulares, personas naturales o jurídicas llamados contratistas, siendo este un acuerdo de voluntades, los cuales se obligan recíprocamente, el primero con la adjudicación frente al oferente seleccionado para la ejecución de la obra o el servicio recibido y el segundo está obligado con su propuesta a perfeccionar el contrato surgido de la adjudicación, sea ejecución de obras o prestación de bienes y servicios entre otros, y dentro del mismo es necesario enfatizar que cualquier controversia contractual, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo será conocida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instituidos en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

Es así cómo podemos expresar que el contrato estatal se encuentra inmerso en la etapa contractual, se perfecciona cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se eleva al escrito y se firma por las partes, en donde emergen las obligaciones tanto para el contratante y el contratista, y dicha solemnidad de perfeccionamiento debe de cumplirse para todos los contratos sin importar la cuantía.

Al surgir obligaciones del contrato estatal, se debe interpretar el mismo desde diferentes perspectivas, en principio desde los postulados que rigen la función administrativa, además de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y buena fe, los cuales propenden por dilucidar la voluntad de los contratantes con el fin de dar un correcto y razonable alcance de dichas obligaciones generadas (Ley 80, 1993, art. 28); esta interpretación se puede desarrollar desde su clausulado en el que se enmarcan el cumplimiento o en su defecto el incumplimiento del Contrato Estatal.

Dentro de las cláusulas que se encuentran estipuladas en el contrato y para la presente investigación se puntualiza en las sancionatorias, que otorgan la competencia a las entidades Estatales para imponer multas y cláusulas penales pecuniarias contractuales, con el fin de exhortar al contratista a cumplir a cabalidad sus obligaciones sin tener que acudir a dichas sanciones, estas se encuentran estipuladas en la Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 que reza:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *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. (...)

Y la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 que proclama:

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS 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.

A pesar de que ambas leyes en sus artículos consagran la cláusula penal pecuniaria y la multa como sanciones que las entidades públicas pueden imponer, estas no se encuentran debidamente reglamentadas dentro del ordenamiento jurídico público y más en lo que concierne a su ejecución por parte de la administración y la forma de exigibilidad de las mismas en lo que respecta al debido proceso, es por ello que nace la siguiente pregunta:

¿Cuál es el sustento jurídico que le da la fuerza normativa dentro del ordenamiento público a las cláusulas sancionatorias como lo son la penal pecuniaria y la multa en los contratos estatales?

Por lo anterior se propone como objetivo general a desarrollar, establecer cuál es el fundamento normativo público sobre el que se sustentan las cláusulas sancionatorias como lo son la cláusula penal pecuniaria y la multa dentro de la contratación estatal en Colombia y como objetivos específicos: 1. Identificar cuál ha sido el desarrollo normativo de las cláusulas sancionatorias como lo son la cláusula penal pecuniaria y la multa dentro de la contratación estatal en Colombia; 2. Indagar qué postulados sostienen las altas Cortes en lo que respecta a las cláusulas sancionatorias como lo son la cláusula penal pecuniaria y la multa dentro de la contratación estatal en Colombia y 3. Elaborar un paralelo entre la normatividad colombiana y la jurisprudencia de las altas cortes en cuanto a las cláusulas sancionatorias como lo son la cláusula penal pecuniaria y la multa dentro de la contratación estatal en Colombia.

Es así, que se encuentra trascendental y de gran importancia investigar su base normativa, considerando que se está violando el debido proceso al momento de instituir las cláusulas dentro del contrato, siendo el Estado el mayor beneficiado, pudiendo ejecutar estas frente al contratista, y que así voluntariamente las hayan pactado y sean ley para las partes, ante una indebida reglamentación en el ordenamiento jurídico público colombiano, se pone en tela de juicio el papel del Estado no solo como contratante, sino también como institución garante de derechos constitucionales que a simple vista se aprovecha de su posición dominante frente al contratista.

Igualmente es de resaltar la importancia de la investigación, ya que a primera vista se percibe que dichas cláusulas no se encuentran regladas dentro del ordenamiento público, pero a pesar de ello, las entidades gubernamentales siguen imponiendo las mismas dentro de los contratos celebrados por ellos, apegándose a la jurisprudencia de las altas cortes, además aprovechándose de las necesidades del contratista y la falta de conocimiento a fondo de las cláusulas mencionadas en el siguiente trabajo, por lo tanto se considera viable la

investigación, ante la ineficiencia del Estado por cumplir a cabalidad las leyes, la falta de regular las cláusulas por parte del legislativo y la inoperancia de los órganos de control.

Por último se resalta que la investigación se encuentra dirigida no sólo a las entidades del Estado, sino también a contratistas, abogados, docentes, doctrinarios y el poder legislativo, además de estudiantes de Derecho Administrativo, los cuales puedan no solo ver afectados sus intereses, sino también hacer valer los principios fundamentales de la función pública instituidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el debido proceso, artículo 29 Ibídem, y los demás que versen sobre Contratación Estatal.

2. MÉTODO

a) ENFOQUE

La presente investigación se realizó bajo el enfoque cualitativo, centrándose en el análisis de la información que se encuentra en la normatividad y jurisprudencia colombiana, buscando dar respuesta al problema planteado y a los objetivos propuestos. Es de destacar que, a pesar de analizar información, el resultado de la investigación, no se refleja en resultados numéricos, sino de establecer la razón o sustento normativo, comprendiendo la realidad de las cláusulas sancionatorias dentro de los Contratos Estatales en Colombia.

b) TIPO DE INVESTIGACIÓN

Dentro del tipo de investigación, se escogió la descriptiva, ya que este corresponde a un procedimiento usado en la ciencia para describir las características del fenómeno, sujeto o población a estudiar. Al contrario que el método analítico, no describe por qué ocurre un fenómeno, sino que se limita a observar lo que ocurre sin buscar una explicación (Martínez, s.f. p 2). Por esta razón se abordó el tema de estudio desde su base normativa y jurisprudencial para llegar a dar respuesta al problema planteado.

c) TÉCNICA

Como técnica para este trabajo, se realizó bajo la revisión documental, en donde se acudió a los códigos existentes, leyes, decretos y jurisprudencia realizando una búsqueda exhaustiva en los pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional acerca del tema tratado, esto es, las cláusulas sancionatorias en el contrato Estatal.

d) INSTRUMENTO

Una vez efectuada la revisión documental, se procedió a organizar los resultados obtenidos en una matriz de análisis, instrumento utilizado para confrontar los resultados encontrados, y así dar respuesta al planteamiento del problema.

3. RESULTADOS

Se analizaron documentos de la norma y jurisprudencia vigente a la fecha, en donde se hace una breve recopilación de los datos encontrados de acuerdo al problema planteado, con base en la normatividad que rige el derecho público, puntualmente en lo que se refiere a la contratación estatal. Es de aclarar que todos los documentos analizados se encuentran en los referentes bibliográficos y la siguiente matriz contiene la información que da respuesta a la pregunta, partiendo desde la Constitución Política de Colombia, pasando por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y llegando a lo que se encuentra positivizado de las cláusulas sancionatorias, todo ello confrontado con jurisprudencia de las altas Cortes, igualmente se encontró que a la fecha no hay pronunciamientos por las altas Cortes en lo referente de los artículos 16 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, quizás por lo joven la norma en sí.

MATRIZ DE ANÁLISIS		
Parámetros	NORMATIVIDAD PÚBLICA	JURISPRUDENCIA
	Constitución Política de Colombia	Sentencia C- 818 de 2005
Potestad Sancionatoria del Estado	Artículos 1°, 2°, 4°, 16°, 29°, 209°	La potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal
	Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública	Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, BOGOTÁ D.C., 24 DE OCTUBRE DE 2013, Radicación Número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), Actor: DISLICORES COMERCIALIZADOR INTERNACIONAL Y OTRO, Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA
Potestad sancionatoria de las entidades del Estado	Artículo 14°	El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su

		parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.
Declaración de terminación del contrato	<p>Ley 80 de 1993, artículo 18 inciso primero</p> <p>“...la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”</p>	Cuando se configuren los requisitos, la administración, mediante acto administrativo motivado, declarará la terminación del contrato y ordenará su liquidación en el estado en el que se encuentre.
Caducidad Administrativa	<p>Ley 80 de 1993, Artículo 18 Caducidad administrativa, además de no indemnización al contratista y se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.</p> <p>Sanciones para el contratista:</p> <p>Ley 80 de 1993, Artículo 18°, 8°-1-c Inhabilidad de 5 años para participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal, así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales.</p> <p>Ley 80 de 1993, Artículo 9 Cesión de los contratos celebrados o renuncia a participar en los mismos</p>	<p>Consejo de Estado, en sentencia del 28 de junio de 2012 -exp., 23.361 citada en la sentencia del Consejo de Estado Radicación Número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)</p> <p>La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas.</p>
Características de la caducidad del contrato	Ley 80 de 1993, artículo 18	Los hechos constitutivos de incumplimiento del contratista deben circunscribirse al contrato, es decir, que son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si éste ha cumplido o no. No obstante, ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización.
Ex lege como ex contractu	Ley 80 de 1993, Artículo 14, Numeral 2, Inciso tercero	Estos poderes operan ex lege significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas, aunque no se consignent expresamente.

		Estas cláusulas también pueden ser ex contractu, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.
Cláusulas exorbitantes	Ley 80 de 1993, Artículos 15 y 16	Ahora bien, las cláusulas exorbitantes son de acuerdo con la Ley 80 de 1993: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. Las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo
	Ley 1150 de 2007	
La multa	ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. 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 <u>la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.</u>	
	Ley 1474 de 2011	
Cláusula Penal Pecuniaria	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.	

Igualmente, se tomaron referencias de otras leyes, las cuales no se encuentran referenciadas en la anterior matriz, teniendo en cuenta que el objeto de la investigación se centró directamente en lo referente a la normatividad pública, pero no se debe olvidar cual fue el surgimiento de dichas cláusulas que en su inicio se partió desde el Código Civil en su artículo 1592, estipulando la cláusula Penal Pecuniaria, definiéndola y manifestando el tipo de obligación que nace a partir de la ejecución de ella, y a la par se estipula en el Código de Comercio en su artículo 867; por otro lado y en referencia al Código Civil se toma el artículo 1602 y que muchos magistrados han tomado como sustento para enfocar la legalidad de las cláusulas sancionatorias dentro de los contratos estatales, por tanto que el mismo reza que todo contrato legalmente celebrado, es ley para las partes teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad de ambas sin constreñimiento alguno, ello sustentado en la sentencia C-341 de 2003, citada en la sentencia C-934 de 2013.

A su vez, no se mencionaron en la matriz las normativas públicas derogadas, como el Decreto 222 de 1983 y el Decreto Ley 01 de 1984, el primero el antiguo Estatuto General de la contratación, el cual contrario sensu a la Ley 80 de 1993 actual Estatuto general de la contratación, sí poseía establecidas las cláusulas sancionatorias dentro de su escrito, puntualmente en los artículos 13°, 63°, 64°, 72° y 73°, manifestando el significado de las mismas, forma de estipulación, además en que contratos se podía incluir dichas cláusulas y el segundo, el antiguo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que contenía dentro de su normativa el artículo 267 que abría la puerta cuando era necesario y a nivel de normatividad pública había una laguna, éste promulgaba que era posible acudir a las normas de derecho privado, siempre y cuando versaran sobre la misma naturaleza y objeto de las mismas y que por años las altas cortes defendieron la teoría de la inclusión y posterior ejecución de las cláusulas sancionatorias en los contratos estatales a pesar de no encontrarse contempladas en la Ley 80 de 1993. A simple vista un tema relativamente fácil de interpretar, pero que igualmente solo se pudo dilucidar a través de la jurisprudencia de las altas Cortes y que igualmente se relacionan para sustentar lo anteriormente declarado, como lo son las sentencias del Consejo de Estado del 19 de agosto de 2004, del 5 de septiembre de 1996 y el Auto del 4 de junio de 1998.

4. DISCUSIÓN

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada por servicios (CP, Artículo 1) y que, en cumplimiento de los fines del Estado consagrados estos en la Constitución Política de Colombia en su artículo segundo y en lo referente a la prestación de servicios además de la adquisición de insumos para su desempeño como administración, tiene la potestad de celebrar contratos con personas jurídicas y naturales de acuerdo a lo establecido en la norma pertinente como lo es la Ley 80 de 1993

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siendo este uno de los instrumentos con que cuenta la administración para el cumplimiento de los fines del Estado.

Es así, que en cumplimiento de los fines del Estado las Entidades en su función administrativa, la cual está al servicio de la comunidad en general enmarcada en los principios de eficacia, economía, celeridad y los demás promulgados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo tercero y que los mismos le otorgan al Estado la Potestad Sancionatoria que ha ratificado la Corte Constitucional en sus pronunciamientos (Sentencia C-818 de 2005 citada en Rodríguez, A. & Marín, I. 2017), manifestando que el Derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja, que a su vez contiene al menos a cuatro especies, entre ellas: el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional, y que a excepción de la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

Este derecho administrativo sancionador corresponde a “garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo”, tratándose de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas, direccionado hacia el adecuado cumplimiento de sus funciones como administración y la realización de los fines del Estado. (Sentencia C-818 de 2005 citada en Rodríguez, A. & Marín, I. 2017).

Igualmente, la Corte en la misma sentencia (C-818 de 2005), manifiesta que, conforme al Principio de Legalidad, el comportamiento sancionable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben de estar previamente definidos en la ley, teniendo como precepto de que todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido, lo anterior de acuerdo al mandato constitucional que se promulga en el artículo 29, Derecho al Debido Proceso.

Es por ello que esta potestad sancionatoria recae directamente en las entidades del Estado, ya que son estas las que directamente contratan con particulares, ello estipulado en la ley 80 de 1993 en su artículo 14, numeral uno inciso segundo, el Estado “deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho (...) y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial” y que la sentencia del Consejo de Estado (en adelante SCE) con radicado No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), manifiesta que el fundamento de los poderes sancionatorios se encuentran reservados a la administración, en donde la entidad pública es

la que realiza dichos contratos y está en cabeza de ella la responsabilidad de poner en marcha los fines del Estado y que los ejecuta en ciertos casos por medio de la Contratación Estatal, en espera de un beneficio colectivo y el contratista lo único que pretende con la suscripción de dicho acuerdo es incrementar su patrimonio.

Bajo este aspecto, el objetivo de ambas partes es la consecución de los fines del Estado y en busca de ello, la administración como actor en su función de tutela y control, observa que los mismos no se pueden llegar a lograr tiene a su disposición legal herramientas para dar por terminado el contrato ante un incumplimiento del mismo, esta se encuentra promulgada en el artículo 18 inciso primero del Estatuto General de la Contratación de la administración pública, en donde reza que “la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado dará por terminado el contrato celebrado y ordenará su liquidación en el estado que se encuentre”, teniendo en cuenta los requisitos que se hayan pactado dentro del mismo (SCE con radicado No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)) y siguiendo los protocolos determinados en la ley dentro del marco del debido proceso.

Dicha terminación del Contrato Estatal puede ser establecida por el incumplimiento del contratista, en donde el mismo se hace acreedor de la caducidad administrativa, la cual es una figura de carácter sancionatorio y que cuyo efecto es dar por terminada la relación contractual de manera anticipada cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas (SCE, del 28 de junio de 2012 -exp., 23.361 citada en la SCE Radicación Número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)) y que de acuerdo al artículo señalado anteriormente proclama que ésta, aparte de declararse, conlleva a la no indemnización al contratista y que por el contrario se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades que se encuentran estipuladas en la ley contractual (Artículo 8° numeral uno literal c), que consagra la inhabilidad por 5 años para el contratista en cuanto a su participación en licitaciones o concursos con el Estado, igualmente para la celebración de contratos con sus entidades, además de ceder los contratos celebrados y que se encuentren activos al momento de la sanción o la renuncia a los mismos (Artículo 9°, *Ibíd.*).

Esta caducidad administrativa del contrato sostiene unas características que son ineludibles al momento de la declaración de la misma y es que los hechos que constituyen el incumplimiento del contratista deben de estar inmersos dentro del acto administrativo, en donde dichas obligaciones deben emanar del mismo por el cual nace el negocio jurídico y las cuales determinan si éste se ha cumplido o no, teniendo en cuenta que dicho incumplimiento debe de afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, además que se demuestre que conlleva a su posterior paralización y se vean afectados los fines del Estado; como anteriormente se menciona estas se encuentran estipuladas dentro del contrato configurándose en obligaciones a cumplir, pero igualmente la administración cuenta con mecanismos dentro de la normatividad y respaldados por la jurisprudencia que estuvieron

estipulados en el Estatuto Contractual anterior (Decreto Ley 222 de 1983) y que en la nueva normatividad (Ley 80 de 1993) no se expresan dentro de la misma y son las llamadas cláusulas exorbitantes que se encuentran en cabeza de la administración.

Dichas cláusulas pueden estar estipuladas o no dentro del contrato celebrado por las entidades, ya que lo que buscan es mantener la armonía de los fines del Estado en beneficio de la comunidad atendida por la administración, éstas de acuerdo al artículo 14 numeral 2 inciso tercero que promulga que dichas cláusulas se entienden pactadas aun cuando no se encuentran estipuladas dentro del contrato, es así como las altas cortes se han pronunciado sobre el mismo, manifestando que dentro de este ordenamiento se caracterizan dos tipos de cláusulas, las ex lege y las ex contractu, las primeras en lo referente que dichos poderes que la ley le entrega a la administración se integran a los contratos en los cuales ni si quiera hayan sido pactadas, ya que la norma anteriormente citada los integra directamente en él, teniendo en cuenta que para ello estipula las excepciones, concretamente en los que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra, en los cuales tienen directa aplicación los fines del Estado y no pueden existir inconsistencias para la afectación del bien común atendido, siendo así ésta norma impositiva, advirtiendo el cumplimiento de los fines de la contratación que las entidades pactan. E igualmente las ex contractu, las cuales explícitamente deben de encontrarse pactadas dentro de la celebración del negocio administrativo y que se deben de tomar de acuerdo a lo estipulado en las mismas y que regula directamente la norma vigente (SCE con radicado No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)).

Por lo anterior, se ve que está en cabeza de la administración, puntualmente las entidades que la ejecutan, en busca de efectuar en pro de la comunidad los fines del Estado, acuden al negocio jurídico (Contrato) para dar cumplimiento a los mismos y es allí donde entran a visualizarse las cláusulas sancionatorias a las cuales se hace referencia en el presente escrito, por lo anterior la ley 80 de 1993 en sus artículos 15 y 16 en donde se promulga que de acuerdo a la interpretación de algunas estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, es así que la entidad Estatal podrá en interpretación en un acto administrativo motivado, manifestar las estipulaciones o cláusulas que son objeto de diferencia y que pueden ocasionar una ruptura contractual, por otra parte la administración junto con el contratista pueden realizar modificaciones al contrato, como anteriormente se manifiesta en la afectación del equilibrio contractual en base a la prestación del servicio objeto del mismo; pero si el contratista no está de acuerdo con la modificación del contrato, la entidad tiene la potestad de hacer las variaciones necesarias que considere, igualmente mediante un acto administrativo debidamente motivado, exponiendo las posibles afectaciones al objeto del

contrato y que se hace necesario incluir nuevas configuraciones dentro del mismo para que no se vean afectados los fines del Estado.

Al anterior propósito de modificación e interpretación del contrato, la jurisprudencia lo ha consolidado como cláusulas exorbitantes, las cuales se describen como la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de lo convenido dentro del mismo por medio de cláusulas, la introducción de modificaciones de lo pactado, la terminación unilateral del contrato, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento de las leyes nacionales (SCE con radicado No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)). Estas cláusulas exorbitantes otorgan ventajas a la administración, una especie de prerrogativa, que a pesar de no ser exclusiva de la contratación, esta se encuentra dentro de la misma, en donde las entidades tienen la posibilidad de hacer cumplir los actos administrativos en busca de la consecución de los fines del Estado sin necesidad de remitirse ante el Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que las decisiones que se tomen en ejercicio de las facultades que les otorga la ley y que se encuentran dentro del contrato, constituido como actos administrativos, los cuales se encuentran resguardados por atributos o características de ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos (Güechá, C. 2006). Contrario sensu lo que sucede en el contrato que se realiza bajo las normas de derecho privado entre particulares, en donde lo que se prioriza es la igualdad entre las partes y que para hacer efectivas las cláusulas que se encuentran dentro de dicho contrato, se debe acudir ante el juez que conoce de conflictos para que ejecute o no las mismas. Es allí, donde tanto doctrinantes como las altas Cortes, señalan que el respaldo normativo de las cláusulas exorbitantes tanto para su inclusión, imposición y posterior ejecución se basa en el principio en que prima el bien común sobre el bien particular en donde el contrato administrativo lo que persigue es el cumplimiento de los fines del Estado y los fines particulares de la entidad pública que celebra el contrato.

El Consejo de Estado en sentencia con Radicado No. 760012331000200502371 00 (49.847), exhibe que en el marco de las potestades administrativas las cláusulas exorbitantes son: La caducidad, La interpretación, La modificación, La terminación unilateral, La reversión, La declaratoria de incumplimiento, La multa y, La cláusula penal pecuniaria, estas dos últimas son el objeto del presente trabajo y las cuales se encuentran estipuladas en la normatividad reglamentaria de la Contratación Estatal en Colombia, pero que así mismo no se encuentran estipuladas dentro de la Ley 80 de 1993, estatuto General de la Contratación en Colombia.

La multa como cláusula sancionatoria en la contratación estatal, se encuentra estipulada en la Ley 1150 del año 2007 en su artículo 17 y reza que 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; y como lo manifiesta el texto normativo podemos afirmar que esta se encuentra dentro del pronunciamiento antes tratado como como ex contractu, aquellas cláusulas que solo son ejecutables si se encuentran estipuladas dentro del negocio jurídico instituido por la entidad de la administración y el contratista, por otro lado la cláusula penal pecuniaria igualmente sancionatoria como la multa, es promulgada en la Ley 1474 del año 2011 en su artículo 86 proclamando que las “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”, igualmente que la multa, esta debe encontrarse consagrada dentro del mismo contrato para hacerse efectiva, dichos pronunciamientos normativos hasta el día de hoy no cuentan con jurisprudencia de las altas Cortes, ya que hasta ahora se están resolviendo apelaciones de los años anteriores a la publicación de la norma, sin embargo, lo que se manifestaba anteriormente a la norma y a lo que se ha acogido es a la interpretación jurisprudencial de la norma misma a partir del predicado ex lege, considerado así como las cláusulas que a pesar que no se encuentran dentro del contrato se entienden incluidas por el simple hecho de que así lo consagra el artículo 14 del Estatuto General de la Contratación, sin dejar de lado que se encuentran en juego el bienestar de la sociedad y el cumplimiento de los fines del Estado.

Por consiguiente, no se debe olvidar de donde surgen dichas cláusulas en el ordenamiento positivo, lo cual sucede en el derecho privado, partiendo con la multa, la cual se encuentra consagrada en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio como “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”, y es allí donde el Consejo de Estado en Auto del 4 de junio de 1998 15, indicó: “(...) Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y ésta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el artículo 14 y solo se pronunció el legislador hasta el año 2007 en la ley 1150 en su artículo 17, además 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 que las partes de un contrato 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.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera oportuno citar la Sentencia del 5 de septiembre de 1996, en la cual el Consejo de Estado, determinó la finalidad y caracterizó las multas contractuales, las cuales “tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a darle cumplimiento a sus obligaciones, cuando en los términos y desarrollo del contrato, se observó que aquel no está al día en sus obligaciones,

que se encuentra en mora por retardo para satisfacer oportunamente, conforme al plazo pactado, los compromisos contractuales asumidos.” Es de puntualizar que las sanciones coercitivas no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del contratista que colabora en la consecución de los fines del Estado. Las sanciones coercitivas o multas, en consecuencia, proceden sin necesidad que la Administración realmente sufra un daño, por consiguiente, no se requiere la prueba de la existencia o de la cuantía del detrimento patrimonial causado por el incumplimiento del contratista.

Por otra parte, la cláusula Penal su estipulación parte del artículo 1592 del Código Civil y en donde se promulga que 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, en lo referente al contrato celebrado, ello en principio entre personas o sujetas al derecho privado, siendo esta una consecuencia del incumplimiento del negocio jurídico inicial. Es entonces como la administración acogía dicha cláusula con la potestad que le daba la norma y que para la época se ejercía el Código Contencioso Administrativo (Decreto ley 01 de 1984) y que en su artículo 267 invoca que en los aspectos que no se encuentran contemplados en dicho código, se seguirá el Código de Procedimiento Civil de acuerdo a la compatibilidad del asunto de acuerdo a la naturaleza de los procesos y actuaciones que sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y que quizás el legislador al ver esta posibilidad contar con la misma, no vio la necesidad de incorporar la misma dentro de la normativa pública, es por lo anterior que se cita la sentencia del 19 de agosto de 2004 Magistrado ponente Ramiro Saavedra Becer, apoyado en la doctrina, definió la cláusula penal pecuniaria como la cláusula que “constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil (antes citada) (Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342) 2004).

Es allí donde se encuentra la razón de la estipulación de las cláusulas sancionatorias en los contratos estatales sin estar consagradas dentro de la normativa pública que antes del año 2007, en donde aparte de ya estar consagrada en otros códigos que son de orden privado, se ve como la misma norma abre la posibilidad de incluir las mismas dentro de los negocios jurídicos de la administración pública, sin embargo hay otro aspecto que toma gran relevancia y es que es lícito acordar las cláusulas penales propias del derecho privado en virtud del principio de autonomía de la voluntad entre las partes el cual en Sentencia C-341 de 2003 citada en la Sentencia C-934 de 2013, en donde la Corte manifiesta que la autonomía de la

voluntad es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación, todo ello a partir del artículo 1602 del Código Civil que consagra, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

REFERENCIAS

- Auto del Consejo de Estado, del 4 de junio de 199815 www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/.../25000232600020030020801.pd...
- Constitución Política de Colombia, (1991). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Decreto 410, (1971). Código de Comercio. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Decreto Ley 01, (1984). Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6543>
- Güechá, C. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Revista Opinión Jurídica. Volumen 5 N° 10 pp. 33 – 47. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002&lang=es
- Hernández, S., Fernández, C.C., y Baptista, L.M.P. (2014). Metodología de la investigación. México: McGrawHill Education.
- Ley 84, (1873). Código Civil Colombiano. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1
- Ley 80, (1993). Colombia: Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Ley 1150, (2007). Colombia: Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1437, (2011). Colombia: Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Ley 1474, (2011). Colombia: Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011_pr001.html
- Martínez. C. (s.f) INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA. Recuperado de <https://www.lifeder.com/investigacion-descriptiva/>

Rodríguez, A. & Marín, I. (2017). LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE CELERIDAD Y EFICACIA EN CONSONANCIA CON EL DEBIDO PROCESO (Tesis de especialización). Universidad Santo Tomas. Bogotá.

Palacio, J. (2014). La Contratación de las entidades estatales. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Séptima edición.

Sentencia Corte Constitucional. C-934 de 2013. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-934-13.htm>

Sentencia del Consejo de Estado Radicación Número: 9216. Del 12 de febrero de 1999. Recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52591597>

Sentencia del Consejo de Estado Radicación Número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342). Del 19 de agosto de 2004. Recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52546219>

Sentencia del Consejo de Estado Radicación Número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). Del 24 de octubre de 2013.

Sentencia del Consejo de Estado Radicación Número: 760012331000200502371 00 (49.847). Del 27 de enero de 2016.

Tamayo y Tamayo, M. (2005). El Proceso de la investigación Científica. México. LIMUSA. Noriega Editores. Cuarta edición.