

Mecanismos sancionatorios en el derecho contractual público colombiano

Sanctioning mechanisms in Colombian public procurement

Diego Alexander BERBESSI FERNÁNDEZ*

RESUMEN: En el marco de la contratación pública, el ordenamiento jurídico colombiano dota a la Administración de potestades sancionatorias que tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del contratista de las obligaciones pactadas con miras a garantizar la efectiva y continua prestación del servicio público. Estas sanciones se materializan en las instituciones de la multa, la cláusula penal y la caducidad del contrato. Este trabajo, con el objetivo de aportar a un mejor entendimiento de estas, recoge un análisis a partir de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado de la naturaleza y funcionamiento de cada una de estas figuras, así como de los puntos que más suscitan controversia en la práctica judicial alrededor de ellas.

PALABRAS CLAVE: Contratación estatal; sanción contractual; cláusula penal; multa; caducidad.

ABSTRACT: Within the framework of public contracting, the Colombian legal system provides the administration with

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario. Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: <dberbessi@gmail.com>. Fecha de recepción: 13/05/2024. Fecha de aprobación: 25/02/2025.

sanctioning powers that are intended to ensure the contractor's compliance with the agreed obligations with a view to guaranteeing the effective and continuous provision of the public service. These sanctions materialize in the institutions of the fine, the penalty clause and the expiration of the contract. This work, with the aim of contributing to a better understanding of these, includes an analysis based on the regulations, doctrine and jurisprudence of the Council of State of the nature and functioning of each of these figures, as well as the points that raise the most controversy in judicial practice around them.

KEYWORDS: State procurement; contractual sanction; contractual penalty clause; fine; expiration.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato estatal es el vehículo a partir del cual se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados¹. Para ello, es esencial que el contratista ejecute cabalmente el contrato, esto es, que cumpla con sus obligaciones de acuerdo con lo convenido. Dado lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano le otorga a la Administración tanto el poder de dirección y control en la ejecución del contrato como algunas potestades sancionatorias, las cuales no tienen otra finalidad sino la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se hubieren pactado.

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en Colombia el origen de esta potestad sancionatoria se puede encontrar en el poder de policía, el cual no era otra cosa sino un conjunto de medidas coactivas en cabeza de la Administración para garantizar que los particulares ajusten su actividad conforme a los fines de interés general que persigue la misma². En efecto, al estar organizado el Estado Colombiano bajo la estructura de un Estado Social de Derecho, se hace necesario que el mismo pase de tener un rol no intervencionista a uno intervencionista cuando del cumplimiento de las finalidades estatales se trata, un rol en el que la Administración pública esté revestida de una serie de potestades que la coadyuven a la consecución de sus fines³.

De esta manera, se muestra como con fundamento en el *ius puniendi* del Estado y con miras a lograr la ejecución del contra-

¹ Artículo 3 Ley 80 de 1993.

² GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa “Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la administración en Chile”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 44, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 363.

³ RAMÍREZ-TORRADO, María y ANÍBAL-BENDEK, Hernando, “Sanción administrativa en Colombia”. *Vniversitas*, núm. 131, 2019, p. 113.

to de acuerdo con la exigencia pactada, el ordenamiento jurídico dispone de algunos mecanismos sancionatorios en cabeza de la Administración que están llamados a operar frente al incumplimiento de las obligaciones del contratista, y que se concretan en la adopción de medidas que van desde la extinción del vínculo obligacional hasta la mera conminación y apremio para ejecutar las prestaciones del contrato, de manera que la consecución de los fines del contrato estatal no se vea afectada⁴.

En el marco de la contratación pública colombiana, la Administración cuenta con dos grupos de figuras jurídicas que materializan el ejercicio del mencionado *ius puniendi*: Las cláusulas excepcionales, dentro de las cuales se destaca la caducidad del contrato, y la declaratoria de incumplimiento, bien para multar al contratista o para hacer efectiva en su contra una cláusula penal⁵. Las primeras se entienden incorporadas al contenido del contrato por ministerio de la ley y las segundas, si bien son reconocidas por la legislación que regula la contratación pública, su inclusión se encuentra condicionada a que así se haya pactado expresamente en cada caso en concreto.

Así, la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana ha dicho que el poder sancionatorio en materia contractual se manifiesta en varios tipos de sanciones, las cuales pueden ser: (i) Pecuniarias, como la cláusula penal; (ii) Resarcitorias, que le permiten a la Administración sancionar al contratista incumplido y poner fin al contrato, como la caducidad y (iii) Coercitivas, que tienen por objeto que el contrato se cumpla dentro de las condiciones y términos pactados, tal como las multas⁶. Todas estas figuras, aunque con matices que se presentarán a lo largo de este

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. C.P: Álvaro Namén Vargas. Rad.2157.

⁵ Colombia Compra Eficiente, consulta del 16 de octubre de 2019, Exp.220191300000766.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. C.P: Álvaro Namén Vargas. Rad.2157.

escrito, ostentan el carácter de sanción administrativa, pues representan una carga impuesta por la Administración a un individuo como consecuencia de la realización de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa⁷, en este caso, materializada en el incumplimiento de las obligaciones que se hubieren contraído al tenor del contrato estatal.

El presente esfuerzo académico nace a de la necesidad de re-evaluación de estos mecanismos a partir de las tendencias jurisprudenciales modernas del Consejo de Estado colombiano, por lo que el problema de investigación en concreto consistió en identificar, a partir del estudio de estos mecanismos sancionatorios, el *statu quo* del poder sancionador con el que cuenta la Administración en el marco de la contratación pública. Para ello, utilizando un método de investigación descriptivo y analítico, se hará una sistematización de los mecanismos sancionatorios en el derecho contractual público colombiano, analizando la naturaleza, función, y contenido de la multa, la cláusula penal y la caducidad como materialización de la potestad sancionatoria de la Administración en el campo de la contratación pública. De igual manera, se presentará un recorrido y análisis de los puntos de disonancia más importantes de estas figuras en torno a los cuales la doctrina y la jurisprudencia han avanzado por delimitar. A partir de dicha sistematización, recorrido y análisis, se extraerán las principales conclusiones de esta investigación.

II. NO TODA CLÁUSULA EXCEPCIONAL ES EXPRESIÓN DEL PODER SANCIONATORIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Inicialmente, es preciso advertir que el concepto mismo de cláusula excepcional –también denominada exorbitante– no ha sido fácil de delimitar para la doctrina, pues ni la ley ni la jurispuden-

⁷ RAMÍREZ-TORRADO, María y ANÍBAL- BENDEK, Hernando, *op. cit.*, p. 120.

cia en este tópico definen como tal cuáles son sus características. Sin embargo, se puede decir que estas son, en términos simples, aquellas que suponen el ejercicio de prerrogativas en cabeza de la Administración frente a su contratista que no existen en las relaciones contractuales de derecho privado⁸, por tanto, le permite desarrollar a la entidad pública contratante ciertas actuaciones unilaterales con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente bajo el amparo del principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos⁹.

De la anterior definición, se puede decir que la doctrina especializada en la materia ha guardado cierto consenso en dos elementos comunes a dichas cláusulas: 1) El ejercicio de un poder unilateral por parte de la Administración que no se permite en el derecho privado y 2) La potestad de hacer cumplir la cláusula oficiosamente mediante su imposición a través de acto administrativo. Ahora bien, en realidad, el término mismo de cláusula excepcional o exorbitante es un poco impreciso, pues en últimas, lo que existen son potestades o prerrogativas con las que cuenta la Administración pública que suponen una situación de privilegio frente al contratista¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que más allá de la denominación que se le dé, en últimas sus efectos jurídicos terminan siendo, en esencia, los mismos; esto es, el ejercicio de una prerrogativa en favor de la Administración para lograr el cumplimiento de los fines estatales que se persiguen a través de la contratación pública. Es por ello que, dado su especial carácter y el rompimiento de la simetría contractual que apareja su utilización, se prohíbe que las mismas se pacten en favor del contratista¹¹.

⁸ BENAVIDES RUSSI, José, *El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 336.

⁹ GÜECHA MEDINA, Ciro, *Falacias de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal*, Opinión Jurídica, 2006, p. 39.

¹⁰ BENAVIDES RUSSI, José, *op. cit.*, p. 75.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de septiembre de 2013. C.P: Jaime Santofimio Gamboa. Exp.25.681.

Pues bien, teniendo en cuenta lo precedente, aunado a que el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración implica en parte la utilización de un conjunto de cláusulas excepcionales o de prerrogativas públicas, se impone entonces delimitar el tema a tratar, pues no se puede decir que toda exorbitancia sea al mismo tiempo un mecanismo sancionatorio. En líneas anteriores se destacó el carácter de cláusula excepcional de la caducidad, ahora bien, en el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) también existen otras tantas, como lo son la interpretación unilateral, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la reversión y la cláusula de sometimiento a leyes nacionales (Artículo 14 Ley 80 de 1993). Sin embargo, se reitera, de lo anterior no se sigue que todas ellas puedan ser equiparadas a una expresión del *ius puniendi* del Estado, pues tal como se entrará a analizar, ello sólo es predicable de la institución de la caducidad.

En efecto, tanto el poder de interpretación, así como la modificación y terminación unilateral por parte de la Administración tienen "(...) el exclusivo objeto de evitar la paralización y afectación grave de los servicios públicos (...) y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (...)"¹², sea mediante la interpretación de alguna cláusula contractual, la modificación del contrato o el fenecimiento del mismo.

En lo atinente a la reversión, consagrada en el artículo 19 de la ley 80 de 1993, puede ser definida como:

una cláusula contractual propia de los contratos de concesión administrativa, en virtud de la cual el particular se obliga a favor de la Administración pública a entregarle, a título de propiedad, sin que exista, deber de erogación de ninguna clase por parte de ésta, todos los bienes y elementos que se encuentran afectados a la explotación del bien o del servicio entregado en concesión por la Administración respecto de los cuales se haya producido

¹² Artículo 14, Ley 80 de 1993.

la amortización y también a devolverle los bienes recibidos de la Administración a título de mera tenencia, junto con las mejoras incorporadas a estos bienes¹³

Esta es una cláusula respecto de la cual se ha discutido su carácter de exorbitante, pues a pesar de estar incluida de manera textual en la norma a la que se refiere este tipo de cláusulas, algún sector de la doctrina considera que sus efectos operan por ministerio de la ley, sin que implique una actuación unilateral por parte de la Administración como sí en el resto de las cláusulas excepcionales¹⁴. En todo caso, lo cierto es que su ejercicio tampoco supone un incumplimiento previo por parte del contratista, pues su utilización se explica por la tipología de contrato en los cuales se pacta y no para sancionar al administrado.

En último lugar, la cláusula de sometimiento a leyes nacionales no es otra cosa que el desarrollo del mandato constitucional de que las autoridades del Estado deben estar sometidas al ordenamiento jurídico y del deber de los nacionales y extranjeros de acatar y respetar la Constitución y las leyes de la República (artículos 2 y 4 de la Constitución). Su inclusión dentro de la norma que consagra las cláusulas excepcionales se explica por el deber que tienen las autoridades estatales dentro de una relación contractual de desarrollar conductas unilaterales¹⁵, pero de igual manera, no supone como tal ejercicio de una sanción para con el contratista.

De lo anterior se denota que ninguna de las cláusulas excepcionales anteriormente descritas comporta como tal una sanción, pues su ejercicio no supone un incumplimiento imputable al con-

¹³ SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge, “La cláusula de reversión en los Contratos de Concesión Administrativa”, en *Incertidumbre en la contratación estatal X Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 469.

¹⁴ *Ibidem*. p. 473.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre del 2000. C.P: Luis Osorio Isaza. Rad.1293.

tratista -como si en el caso de la caducidad-, sino la alteración de la ecuación contractual, la cual legitima su uso para garantizar la continuidad de las prestaciones que se aseguran por medio del contrato. En este orden de ideas, de las cláusulas excepcionales que la ley dispone, en realidad es sólo la caducidad es la que se constituye como un verdadero mecanismo sancionatorio. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que una de las diferencias entre la terminación unilateral aquí expuesta y la terminación que se da como efecto de la declaratoria de caducidad es que la primera, a diferencia de la segunda, no comporta ninguna sanción¹⁶.

Es importante hacer mención de que las normas encargadas de regular la contratación pública incluyeron, además de las cláusulas excepcionales descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, otras potestades unilaterales de la Administración que no son posibles ejercitarlas en el derecho privado, sin que les haya dado la denominación de “cláusulas excepcionales”. Así, por ejemplo, se encuentra la declaración de ocurrencia del siniestro amparado por pólizas mediante acto administrativo (Ley 1150 de 2007, art. 7, inc. 4) o la declaratoria de incumplimiento mediante acto administrativo para imponer una multa o hacer efectiva una cláusula penal (Ley 1150 de 2007, art. 17). Estas potestades también deberían ser consideradas como cláusulas excepcionales en la medida que son expresión del ejercicio de prerrogativas públicas, pues en la práctica se profieren vía acto administrativo con la consecuente fuerza ejecutiva y presunción de legalidad¹⁷. Ahora, lo cierto es que la jurisprudencia hace caso omiso de ello y no las denomina como “cláusulas excepcionales”, sino que les llama, simplemente,

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2017. C.P: Carlos Zambrano Barrera. Exp.39.536.

¹⁷ BENAVIDES RUSSI, José, “Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas” en *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 170.

como “poderes unilaterales” en cabeza de la Administración. Así, es reiterado por el Consejo de Estado que, por cláusulas excepcionales, únicamente se debe entender las mencionadas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993¹⁸, posición a la cual nos adherimos para efectos metodológicos del presente trabajo.

III. LA CLÁUSULA PENAL Y LA MULTA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Tanto la cláusula penal como la multa son figuras propias del derecho privado, de las cuales se permite su inclusión en un contrato estatal por autorización expresa de las normas que se encargan de regular la contratación pública. Dado su origen, son los principios y normas del derecho ordinario las que constituyen la fuente reguladora de estas dos figuras¹⁹.

La multa y la cláusula penal se mueven en una suerte de ecosistema compuesto entre el principio de legalidad propio del régimen de contratación pública y la autonomía de la voluntad inherente al derecho privado. Esto, se manifiesta en que por un lado conservan libertad de pacto, es decir, la ley no impone su aplicación ni determina las conductas que la originan, y por otro, conservan el principio de tipicidad, según el cual las partes del

¹⁸ Véase, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de Junio de 2022. C.P: Guillermo Sánchez Luque. Exp.38.756.
Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de marzo de 2023. C.P: Alberto Montaña Plata. Exp.66.700.

¹⁹ BUITRAGO VARGAS, Yohan, “Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial”, optando al título de Magister en Derecho en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 7.

negocio deben describir expresa y previamente la conducta que sancionan²⁰.

La evolución de estas figuras en la contratación pública colombiana ha sido de la mano, tan es así, que incluso en alguna ocasión la jurisprudencia ha dicho que ambas figuras, provenientes del derecho común, encuentran regulación en el mismo artículo del Código Civil y Código de Comercio colombianos²¹. Ahora bien, ello no quiere decir que la multa y la cláusula penal sean asimilables, pues la finalidad que cumple una y otra, como se entrará a analizar, difieren de manera sustancial.

A) LA CLÁUSULA PENAL

En el derecho privado, actualmente la cláusula penal es concebida de manera pacífica con una naturaleza polifuncional, pues la función que va a cumplir en determinado contrato en últimas depende de los intereses de las partes, y en ese sentido podría servir tanto de apremio al deudor, de garantía o caución o bien como una estimación anticipada de perjuicios derivados del incumplimiento²².

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. C.P: Olga Valle De La Hoz. Exp.20.916.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1998. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp.14.558. En esta decisión se afirma que la multa “aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal.” Sin embargo, dichos artículos se encargan de regular la cláusula penal.

²² BERBESSI FERNÁNDEZ, Diego, “Aspectos problemáticos de la acumulación de la cláusula penal con otras figuras del derecho privado: Análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial del caso colombiano”, *Revista de la Facultad de Derecho De México*, vol. 73, núm. 286, 2023, p. 595.

Es precisamente por la diversidad de funciones que puede cumplir esta figura por la que se le ha tratado a la misma con un carácter *sui generis*, lo cual ha derivado a su vez en que, en materia de contratación estatal, su naturaleza haya variado a lo largo del tiempo, especialmente a medida que se fueron expidiendo los distintos estatutos de contratación pública. Inicialmente, en vigencia del Decreto 222 de 1983 (Antiguo estatuto de contratación estatal), la cláusula penal era reconocida por la jurisprudencia contenciosa administrativa en manera exclusiva como un avalúo anticipado que las partes hacen de los perjuicios que resulten de la inejecución del contrato, el cual no está sujeto a discusión ni prueba²³. Esta concepción unívoca se puede explicar debido a que el artículo 72²⁴ de aquella normatividad disponía expresamente que el valor de la cláusula penal se considerará como “el pago definitivo de los perjuicios que se hubieren causado”²⁵.

El nuevo estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993) no definió como tal a la mentada cláusula, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en aplicación del artículo 13 de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 1989. C.P: Gustavo de Greiff Restrepo. Exp.5334.

²⁴ Este artículo estipulaba: “En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.”

²⁵ TRUJILLO JACOME, María, “La cláusula penal pecuniaria como expresión del poder sancionatorio de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano”, optando al Título de Magíster en Derecho Privado Persona y Sociedad con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 16.

esa ley²⁶, que ordena la aplicación de normas civiles y comerciales a lo no regulado por el estatuto, le comenzó a otorgar a dicha figura distintas funciones traídas del derecho privado, como por ejemplo, la de servir como una garantía de la obligación principal o como un mecanismo de persuasión para su cumplimiento²⁷. En otras palabras, se concibió a la cláusula penal como un mecanismo de regulación contractual de los efectos del incumplimiento con el fin de prevenirlo, sancionarlo o indemnizarlo, concepción que se mantiene en la jurisprudencia de esa Corporación hasta nuestros días²⁸. Ahora bien, toda vez que la Ley 80 de 1993 no da tratamiento a la cláusula penal en el contrato estatal, ello implica que la misma adoptará una u otra función dependiendo de su redacción en el caso en particular, tal como sucede en el derecho privado.

A pesar de esta concepción polifuncional de la cláusula penal, en el seno del Consejo de Estado se siguió dando prevalencia a su función resarcitoria de los posibles perjuicios que puedan ser causados a la Administración, estableciendo la misma regla establecida por la Corte Suprema de Justicia²⁹ en derecho privado según la cual, ante la existencia de dudas en su interpretación, la cláusula penal debe ser vista como una tasación anticipada de perjuicios³⁰. Por otra parte, aunque alguna vez se haya dicho que para hacer

²⁶ Este artículo reza: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 1995. C.P: Juan De Dios Montes Hernández. Exp.7757.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2023. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.54.709.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de diciembre de 1954. M.P: José Hernández Arbeláez.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2023. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.54.709.

efectiva la cláusula penal debe mediar un acto que declare la caducidad del contrato o en el que declare un incumplimiento definitivo³¹, hoy día es claro que la cláusula penal puede operar también ante el incumplimiento parcial siempre que así se haya pactado³², cuestión que no impide que la figura cumpla con su función tradicional de servir como un avalúo anticipado de perjuicios.

Entonces, dado que la finalidad de esta figura es obtener una suma o monto para contener o reparar el menoscabo patrimonial sufrido debido al incumplimiento (en principio) definitivo del contratista –función resarcitoria o indemnizatoria–, es claro que su imposición supone la no exigibilidad correlativa de la obligación principal, salvo que se haya pactado lo contrario³³.

Ahora, a pesar de que la función de la cláusula penal es la de servir como una tasación anticipada y definitiva de los perjuicios, bien puede presentarse, al igual que en el derecho ordinario, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios causados por el cumplimiento o que el contratista que hubiere cumplido parcialmente la obligación considere que el monto impuesto por concepto de cláusula penal sea excesivo. En estos casos, las partes deben

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992. C.P: Carlos Betancur Jaramillo. Exp.6631.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2023. C.P: Fredy Ibarra Martínez. Exp.67.430.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020. C.P: Marta Nubia Velásquez. Exp.64.154. Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1594 del Código Civil colombiano, el cual dispone: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

solicitar al juez que determine, previo juicio de proporcionalidad, el valor definitivo que se deba pagar³⁴.

En cuanto a la oportunidad para hacer valer la cláusula penal en el marco de un contrato estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha guardado cierta uniformidad. Primeramente, en vigencia del Decreto 222 de 1983, la Corporación sostenía que la Administración podía, unilateralmente, declarar el incumplimiento del contratista con miras a hacer efectiva la cláusula penal no sólo durante el plazo de ejecución del contrato sino también después de vencido el plazo de ejecución y hasta su liquidación³⁵. Este fue el criterio que se mantuvo aún con la expedición de la ley 80 de 1993, hasta que, en el año 2005, el Consejo de Estado sostuvo que la Administración no tenía la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, punto sobre el cual se ahondará en líneas posteriores.

Actualmente, con la entrada en vigor de la ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado consideró, que la misma ley había regulado expresamente el tema cuando señala que la potestad sancionatoria se conserva “mientras esté pendiente la ejecución” del contrato³⁶, jurisprudencia la cual se ha sostenido en el tiempo, conservando la posibilidad de hacerla valer aún por fuera de la vigencia contractual.

B) LA MULTA

En el derecho civil y comercial no se da una definición específica de la multa, lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa hayan extraído sus elementos a par-

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. C.P: Enrique Gil Botero. Exp.39.285

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. C.P: Enrique Gil Botero. Exp.24.697.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de octubre de 2023. C.P: Nicolás Yepes Corrales. Exp.60.910.

tir de la regulación que disciplina la cláusula penal, considerándola, por tanto, como una variante de esta figura³⁷. Sin embargo, la diferencia entre una y otra recae en que, mientras la cláusula penal cumple con una función primordialmente indemnizatoria, la multa sirve como mecanismo conminatorio y sancionatorio³⁸. Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado la ha entendido como aquella sanción pecuniaria de la cual la Administración puede hacer uso en ejercicio de su función de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato, con la finalidad de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones³⁹.

Esta figura hace parte de lo que en doctrina se ha denominado medidas coercitivas provisionales, ya que no sanciona incumplimientos definitivos, sino parciales y salvables⁴⁰, pues de otra manera la figura no cumpliría con su función de compeler al contratista al cumplimiento del contrato. En este orden de ideas, la multa tiene un carácter eminentemente conminatorio, pues mediante ella se induce al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida⁴¹.

En Colombia, existe la imposibilidad de obtener su pago mediante bienes y servicios, incluso si los mismos corresponden a los que se hubieren pactado en el respectivo contrato, por lo que este tipo de sanción únicamente puede revestir el carácter de dinera-

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2020. C.P: Marta Nubia Velásquez. Exp.64.154.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero de 2022. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.49.286.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.66.589.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992. C.P: Carlos Betancur Jaramillo. Exp.6631.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero de 2022. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.49.286.

ria⁴². De igual manera, la obligación que nace producto de la imposición de la multa, liquidada en el mismo acto que la impone, es distinta de las obligaciones contractuales propiamente dichas. En ese orden de ideas, el contratista que es multado queda obligado a cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato y, de manera adicional, la suma de dinero correspondiente a la multa. Lo anterior resulta apenas lógico si tiene en cuenta que, de otra manera, la figura no cumpliría con la función de apremio que le es propia⁴³.

A pesar de la anterior claridad conceptual, no existe un criterio unánime en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la oportunidad que tiene la Administración de imponer este tipo de sanción. Inicialmente, en vigencia del Decreto 222 de 1983, el cual guardó silencio sobre el particular, era sostenido por la jurisprudencia que la imposición de una multa estaba limitada a la vigencia del contrato, pues de cualquier otra manera ella no cumpliría con su función conminatoria⁴⁴.

En vigencia de la ley 80 de 1993, la situación varió en el tiempo. Entre los años 1993 y 2004 se indicó, como se venía haciendo con la anterior normatividad, que la multa debía imponerse dentro del plazo contractual puesto que era el tiempo de vigencia que tenía la entidad para ejercer directamente sus poderes; ahora bien, se distinguió para ese entonces entre el plazo de ejecución del contrato y la fecha de vencimiento de este, siendo este último el límite máximo para que procediera su imposición⁴⁵.

Ello cambió cuando el Consejo de Estado recogió la tesis según la cual en el contrato se debe diferenciar entre dos plazos, uno

⁴² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de noviembre de 2010. C.P: William Zambrano Cetina. Rad.2040.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. C.P: Jaime Santofimio Gamboa. Exp.28.875.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp.17.031.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998 C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp.13.988.

para su ejecución y otro para su liquidación, siendo este último período en el cual la Administración podría perseguir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas y, por tanto, imponer multas⁴⁶. Sin embargo, en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2005 y 2007, como se había indicado, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa consideró que la ley 80 no había facultado a la Administración para imponer multas ni hacer efectiva la cláusula penal⁴⁷, por lo que el debate del límite temporal en su imposición no se abordó.

Ahora, a partir de la vigencia de la ley 1150 de 2007, el panorama tampoco ha sido pacífico. Inicialmente era sostenido que la ley 1150 de 2007 en su artículo 17 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva “mientras esté pendiente la ejecución del contrato”, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “durante el plazo” del mismo⁴⁸. Dando, de esta manera, vía libre a la imposición de multas una vez la vigencia del contrato haya culminado.

Sin embargo, posteriormente se sostuvo que, para la imposición de una multa, en el marco del proceso sancionatorio contractual del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, era necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues su función conminatoria implica que esta sanción deba ser aplicada durante el término que las partes hayan fijado para su cumplimiento oportuno y no cuando dicho término haya expirado⁴⁹. Ahora bien, recientemente el Consejo de Estado también ha dicho que el límite temporal para la imposición de multas

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 2004. C.P: Alier Hernández Enríquez. Exp.26.054.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. C.P: Germán Rodríguez Villamizar. Exp.14.579.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. C.P: Enrique Gil Botero. Exp.24.697.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero de 2022. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.49.286.

lo constituye el que hubiere sido pactado por las partes en el contrato, sin que se limite dicha facultad a la vigencia contractual⁵⁰, y en otros fallos, asegura que basta con que el procedimiento sancionatorio haya iniciado en vigencia del plazo contractual para que sea válida la imposición de una multa, sin que sea necesario que el mismo termine antes de culminar esa vigencia⁵¹.

Actualmente, la ausencia de una posición unificada de la jurisprudencia ha hecho que el panorama a este respecto en la práctica judicial sea incierto para el operador del derecho, pues se profieren decisiones contradictorias dependiendo del juzgado en el que curse el proceso. Es por esto por lo que se hace necesario y conveniente que el Consejo de Estado haga uso de su función de unificación jurisprudencial, en aras de aportar a que haya una mayor seguridad jurídica en este tópico.

Por último, conviene precisar que, si el contrato ya ha sido liquidado, la Administración ya no podrá imponer sanciones pecuniarias al contratista incumplido, sea multa o sea una cláusula penal, toda vez que la liquidación implica el fenecimiento de la relación contractual y la declaración de paz y salvo de las partes, por tanto, las entidades pierden competencia para ejercer sus prerrogativas sancionatorias⁵².

C) EL CARÁCTER DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA MULTA Y CLÁUSULA PENAL

En el derecho contractual público, la multa y la cláusula penal también han sido vistas por la jurisprudencia como una sanción administrativa, lo cual puede se explica debido a la potestad exor-

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.66.589.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2022. C.P: Martín Bermúdez Muñoz. Exp.56.020.

⁵² Colombia Compra Eficiente, concepto del 23 de abril de 2020, C-001 de 2020.

bitante o poder unilateral con el que cuenta la Administración para declarar unilateralmente el incumplimiento con miras a hacerlas valer directamente en ejercicio del *ius puniendi*⁵³. Nótese que la imposición de ambas sanciones presupone un incumplimiento previo del contratista, sólo que en el caso de la multa este será parcial y en el caso de la cláusula penal, este será definitivo, salvo que se haya pactado otra cosa. Ahora bien, el carácter de sanción administrativa de estas dos figuras es un punto que ha ido variando en el tiempo junto con los estatutos de contratación pública y sus posteriores modificaciones, por lo que merece un especial análisis.

Inicialmente, en vigencia del Decreto 222 de 1983, se contemplaba la posibilidad⁵⁴ que tenía la Administración de declarar en el marco de los contratos administrativos directamente el incumplimiento del contratista en sus obligaciones sólo para cobrar la cláusula penal que se hubiere pactado o para imponer la multa⁵⁵, sin necesidad de recurrir al juez del contrato o de declarar la caducidad de este. Sin embargo, con la expedición de la ley 80 de 1993, la cual no menciona en ninguno de sus artículos ninguna de las dos figuras, la jurisprudencia del Consejo de Estado no fue uniforme respecto de la mencionada facultad de la Administración y, por lo tanto, respecto del carácter de sanción administrativa de la multa y la cláusula penal⁵⁶.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2023. C.P: Nicolás Yepes Corrales. Exp.56.031.

⁵⁴ Artículo 72 del Decreto 222 de 1983: “En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento (...)”.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. C.P: Ramiro Saavedra Becerra. Exp.12.342.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. C.P: Olga Mélida Valle De la Hoz. Exp.36.807.

En algunas decisiones se sostenía que las entidades estatales no tenían la facultad de hacer efectivas directamente dichas sanciones, por lo que se hacía necesario acudir al juez del contrato para hacerlo. Lo anterior, debido a que el nuevo estatuto de contratación derogó expresamente el anterior y en su contenido no consagró expresamente dicho poder coactivo⁵⁷. Por su parte, otras providencias, argumentando que por habilitación del artículo 4 de la ley 80 en su numeral 2 que establece el deber de la Administración de “adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias”, era lícito que la Administración declarara el incumplimiento e impusiera unilateralmente multas y cláusulas penales sin necesidad de acudir al juez del contrato⁵⁸. El panorama cambió cuando en una decisión del año 2005 del Consejo de Estado⁵⁹, se equiparan los conceptos de poder unilateral y poder exorbitante, y se estableció que todo poder unilateral, como es la habilitación a las entidades estatales declarar el incumplimiento con miras a imponer multas y para hacer efectiva la cláusula penal necesitaba una habilitación legal expresa para su ejercicio. Así, bajo esta posición, si bien era posible pactar una multa o una cláusula penal, la Administración no podía imponerlas porque la ley no le otorgó dicha facultad, poniendo nuevamente en entredicho el carácter sancionatorio de las figuras.

Como consecuencia de lo anterior, la ley 1150 de 2007 volvió a dar a la Administración el privilegio de autotutela administrativa, es decir, la capacidad para tutelar sus propios intereses tanto por vía declarativa como por vía ejecutiva⁶⁰. Con dicha ley se zan-

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1994. C.P: Daniel Suárez Hernández. Exp.9288.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 4 de junio de 1998. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp.13.988.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. C.P: Germán Rodríguez Villamizar. Exp.14.579.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2017. C.P: Stella Conto Díaz. Exp.39.113.

jó definitivamente el debate, consagrando en su artículo 17⁶¹ la facultad de la entidad contratante de declarar el incumplimiento del contratista mediante acto administrativo debidamente motivado, con miras de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal que se hubiera pactado en el contrato, y para esos efectos la Administración puede hacer uso de alguna de los siguientes tres mecanismos: (i) La compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía o por cualquier otro medio para obtener el pago, como la jurisdicción coactiva (ii) Acudir a la compañía de seguros o quien fuere garante para hacer efectivas las pólizas de incumplimiento del contrato o (iii) Mediante actuación coactiva⁶².

De lo anterior, cabe entonces afirmar que actualmente en materia de contratación pública la función punitiva de la cláusula penal y la función conminatoria de la multa han cobrado una especial relevancia, pues como quiera que le es posible a la Administración declarar el incumplimiento de manera unilateral para su imposición, se erigen entonces estas dos figuras como una manifestación de la potestad sancionatoria en cabeza de la Administración frente al incumplimiento del contratista⁶³, esto es, con el carácter de sanción administrativa.

Ahora bien, hay que precisar que la imposición unilateral de multas y la declaratoria de incumplimiento de la Administración para hacer efectiva la cláusula penal no las convierte, *per se*, en

⁶¹ El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 estipula en su párrafo: “La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. C.P: Ruth Stella Correa. Exp.18.496.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de octubre de 2022. C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Exp.53.195.

cláusula exorbitantes. Hay que tener claridad que lo exorbitante no es la multa ni cláusula penal como tal, sino la facultad de la Administración de imponerlas directamente. Lo anterior, debido a que ello, en principio, no es posible hacerlo en el campo del derecho privado debido a que se iría en contra del principio de igualdad jurídica de las partes, que impide que una de ellas sea juez y parte frente a la otra⁶⁴.

En este sentido, el Consejo de Estado tenía por sentado que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público que estén regidos por las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos conserven la naturaleza de contratos estatales. En ese orden de ideas, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado en cabeza de la Administración la facultad de imponer de multas y hacer efectivas cláusulas penales de manera unilateral mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, debido a que la ley no las ha facultado para ello⁶⁵.

A pesar de las anteriores consideraciones, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, apoyándose en su línea jurisprudencial según la cual la regla de resolución judicial dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil no es de orden público⁶⁶, que si es posible pactar entre particulares poderes unilaterales como la terminación unilateral del contrato por parte de una de ellas⁶⁷. Dicha facultad, no sólo comprende la terminación

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp.54.310.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. C.P: Myriam Guerrero de Escobar. Exp.24.639.

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de marzo de 2012. M.P: Ruth Marina Díaz. Exp. 2007- 00067-01.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. M.P: William Namén Vargas. Exp.1999-01957-01.

del contrato, sino también derivar las consecuencias de la terminación o del incumplimiento. Por lo tanto, si las partes han establecido la posibilidad de imponer unilateralmente una multa o declarar el incumplimiento para hacer efectiva una cláusula penal, no sólo les será posible imponer la multa y declarar el incumplimiento unilateralmente, sino también hacer exigibles dichas sanciones. Una vez que la multa o la cláusula es exigible, ella prestará mérito ejecutivo, y el contratante podrá conseguir su pago, si es el caso, por medio de una acción ejecutiva contra el contratante incumplido.

Lo anterior ha derivado en que la jurisprudencia del Consejo de Estado haya ido integrando en sus fallos dichos poderes unilaterales en las relaciones entre particulares, siempre que ellos no involucren intereses públicos o poderes ilícitos⁶⁸. Ahora, dicha integración ha sido en dos sentidos.

El primero, es respecto del concepto de cláusula excepcional o exorbitante. En efecto, como se dejó por sentado en el Capítulo II de este trabajo, la doctrina ha guardado cierto consenso sobre los elementos que hacen parte del concepto de cláusula excepcional, que son: 1) el ejercicio de una facultad unilateral en cabeza de la Administración que no es posible ejercerla en derecho privado y 2) la posibilidad de hacer efectiva la cláusula mediante su imposición por medio de acto administrativo.

Ahora bien, comoquiera que los avances jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia han admitido la posibilidad de pactar poderes unilaterales como la terminación unilateral en el derecho común, ello conlleva a una necesaria re-concepción de la definición misma de cláusula excepcional. Así pues, el carácter de excepcional de las denominadas “cláusulas excepcionales”, ya no se debe a que comportan el ejercicio de una facultad unilateral que no es posible pactarla en derecho privado, sino únicamente a que su utilización por parte de una entidad estatal constituye una

⁶⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2019. C.P: Alberto Montaña Plata. Exp.39.800.

expresión de la autotutela administrativa, en razón a que su adopción se adelanta mediante acto administrativo, que, como tal, goza de fuerza ejecutiva y presunción de legalidad⁶⁹. Así, en derecho común, si bien le es dable a las partes pactar facultades unilaterales, lo que no les es permitido es el ejercicio de estas facultades mediante acto administrativo⁷⁰.

El segundo de los sentidos es respecto del ejercicio de poderes unilaterales en contratos estatales regidos por el derecho privado. Como consecuencia de la evolución jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado ha venido admitiendo el pacto de facultades unilaterales, como el poder de imponer multas o declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, en los contratos de la Administración regidos por el derecho privado⁷¹. Sin embargo, se trata aún de una evolución no consolidada, pues también existen fallos posteriores al cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en que se reitera la posición tradicional de no aceptar este tipo de prerrogativas cuando se haya de aplicar el derecho ordinario^{72,73}.

Así las cosas, hoy día se podría decir que la facultad de la Administración de imponer multas y declarar unilateralmente el in-

⁶⁹ Cfr. BENAVIDES RUSSI, José, *op. cit.*, p. 170.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de Junio de 2022. C.P: Guillermo Sánchez Luque. Exp.38.756.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de Julio de 2023. C.P: Martín Bermúdez Muñoz. Exp.64.629.

⁷¹ Véanse, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2023. C.P: Alberto Montaña Plata. Exp.68.186.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2023. C.P: Marta Nubia Velásquez. Exp.68.996.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de Julio de 2023. C.P: Martín Bermúdez Muñoz. Exp.64.629.

⁷² BENAVIDES RUSSI, José, *op. cit.*, p. 205.

⁷³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de Junio de 2020. C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Exp.47.101.

cumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal no es tampoco exorbitante, pues como quiera que ello también es posible hacerlo entre particulares, no comporta el ejercicio de una prerrogativa pública y, por lo tanto, de un poder exorbitante. Sin embargo, lo que no es posible hacer a los particulares, pero sí a la Administración es hacer valer ambas sanciones con poder coercitivo propio, esto es, sin necesidad de ejercer acción ejecutiva en contra del contratante incumplido.

Todo ello ha conllevado a que en materia de contratación pública la naturaleza de la multa y la cláusula penal esté caracterizada, por un lado, por sus funciones conminatorias e indemnizatorias respectivamente y por otro, por su carácter de sanción administrativa, en tanto la Administración goza de la facultad de imponerlas de manera unilateral, sin que esto implique que se trate de un poder exorbitante. Así pues, no se puede decir que en el derecho contractual público el tratamiento de la cláusula penal y la multa haya sido en idéntica forma que en el derecho privado, pues al regirse por los principios y reglas de la función administrativa, la cláusula penal y la multa han tomado el estatus de una sanción administrativa que es impuesta por una autoridad administrativa ante el incumplimiento del contrato⁷⁴.

Ahora bien, aunque la Administración cuenta con una norma jurídica que le permita declarar el incumplimiento para hacer efectiva una cláusula penal o una multa, ello no quiere significar que el ejercicio de tal competencia pueda ser arbitrario. En efecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el particular sosteniendo que la razonable, proporcional y razonada aplicación de esta potestad sancionatoria en cabeza de la Administración implica su deber jurídico de motivación, conforme al cual le corresponde justificar, teniendo en cuenta referentes objetivos y claros, los criterios que sirven de sustento para tasar la proporción de

⁷⁴ TRUJILLO JACOME, María, *op. cit.*, p. 21.

aplicación conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento, o incumplimiento, por parte del contratista⁷⁵.

De igual manera, la jurisprudencia ha sostenido que aún en los contratos estatales regidos por el derecho privado, debe surtir-se un procedimiento previo a la imposición de una sanción contractual⁷⁶, la cual se estima, es una posición errónea. En efecto, la construcción del derecho administrativo según la cual previo a la imposición de una sanción tal como una multa debe haber un procedimiento, no puede ser trasladados a los contratos regidos por el derecho privado, pues el sustento de ello está en que en el derecho administrativo la sanción se impone mediante un acto administrativo que goza de fuerza ejecutiva y de presunción de legalidad, cosa que no sucede en el derecho privado⁷⁷. Así, cuando el derecho aplicable a la relación contractual es el derecho común, las partes se encuentran en igualdad de condiciones frente a la otra, por lo que no se debe imponer la misma lógica imperante en el derecho administrativo y lo que debe imperar es la autonomía de la voluntad, esto es, si las partes acordaron o no en cada caso en concreto un procedimiento previo para imponer la respectiva sanción contractual.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. C.P.: Jaime Santofimio Gamboa. Exp. 54.415.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. C.P.: Álvaro Namén Vargas. Rad.2157.

En este mismo sentido también cfr: MATEUS LONDOÑO, Diana, “Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 24, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 184.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2023. C.P.: Alberto Montaña Plata. Exp.68.186.

⁷⁷ Véase el salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz en: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2023. C.P.: Alberto Montaña Plata. Exp.68.186.

En todo caso, este procedimiento, el cual se encuentra regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, implica que el contratista contra quien se adelante, debe contar con los derechos a un procedimiento público, a la defensa y contradicción, a aportar pruebas, a contradecir las que se alleguen en su contra, a que las decisiones sean motivadas, impugnar las mismas, entre otros tantos⁷⁸.

IV. LA CADUCIDAD

La caducidad ha sido catalogada como la sanción más severa que existe en la contratación estatal, cuya finalidad es la remoción del contratista incumplido para evitar que se paralice la prestación de los servicios estatales mediante correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero que reemplaza al contratista incumplido⁷⁹. Así las cosas, la continuidad del servicio se constituye como el criterio a partir del cual esta figura debe ser utilizada. En este orden de ideas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado que la figura de la caducidad va más allá de la mera sanción por el incumplimiento, pues, en esencia, su objetivo es la preservación del interés público que se busca satisfacer con el contrato estatal⁸⁰.

Así, para que la Administración pueda declarar la caducidad del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se necesita la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) el incumplimiento del contratista; (ii) la inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad; (iii) la afectación grave del contrato, es decir, que el incumplimiento del contratista afecte de manera grave y directa su ejecución;

⁷⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P: Mauricio González Cuervo. MATEUS LONDOÑO, Diana, *op. cit.*, p. 185.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Exp.17.031.

⁸⁰ BENAVIDES RUSSI, José, *op. cit.*, p. 184.

(iv) la amenaza de parálisis; y (iv) el previo agotamiento de un procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de defensa ⁸¹.

Es importante hacer énfasis en la especial cualificación que debe tener el incumplimiento del contratista para que la caducidad proceda. En efecto, la severidad de la sanción hace que no pueda tratarse de cualquier incumplimiento ni que las partes puedan modularlo. A este respecto, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en explicar que el mismo debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y, además, que se evidencie que dicho incumplimiento conduce a su paralización⁸², lo cual será valorado en cada caso en concreto y debidamente sustentado por la Administración a la hora de imponer esta sanción.

Por su parte, las consecuencias jurídicas que generan su declaración, según la misma legislación y cómo ha sido delimitado por la jurisprudencia contencioso-administrativa pueden ser compiladas así⁸³: (i) la terminación del contrato sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) la iniciación del trámite de liquidación contractual; (iii) la exigibilidad de las garantías por configuración del siniestro; (iv) la efectividad de la cláusula penal si se pactó; (v) la configuración inhabilidad para el contratista para contratar con entidades públicas por 5 años y (vi) el reporte en bases de datos donde el contratista esté inscrito, tal como el SECOP, la Procuraduría y la Cámara de Comercio con el propósito de incluir la anotación en el registro único de proponentes.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de agosto de 2023. C.P: Nicolás Yepes Corrales. Exp.55.700.

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2021. C.P: María Adriana Marín. Exp.45.121.

⁸³ Cfr. Artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de agosto de 2023. C.P: Nicolás Yepes Corrales. Exp.55.700.

Colombia Compra Eficiente, concepto del 20 de diciembre de 2022, C-866 de 2022.

En cuanto a la oportunidad para hacerla valer, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha guardado un criterio que se le puede catalogar como uniforme. En vigencia del anterior Estatuto de Contratación Pública (Decreto 222 de 1983) la Corporación sostuvo que la caducidad sólo podía ser declarada durante la vigencia del contrato, interpretación que se mantuvo vigente hasta unos años luego de expedida la ley 80 de 1993. Sin embargo, en un auto del año 1999, se dijo que la Administración podía declarar la caducidad aún después del plazo de ejecución siempre que se encontraran obligaciones pendientes de ejecución, diferenciando, al igual que en algún momento lo hizo con la multa, entre la obligación en sí misma considerada y el plazo contractual que se tenía para ejecutarla⁸⁴.

Ahora, lo cierto es que la posición anterior se considera aislada, pues no ha habido más pronunciamientos en ese sentido. Tan es así, que el alto tribunal decidió unificar jurisprudencia a este respecto en el sentido de indicar que la caducidad únicamente puede declararse durante el plazo de ejecución del contrato⁸⁵, lo anterior sustentado en que la finalidad de esta figura, a fin de cuentas, es buscar el cumplimiento de lo contratado, lo que supone el deber de la Administración de valorar el (in)cumplimiento durante la vigencia del plazo de ejecución. Esta posición se conserva hoy en día en los fallos de la corporación⁸⁶.

La figura de caducidad no es aplicable a los contratos regidos por el derecho privado, pues es una figura cuyos efectos, a diferencia de la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento para imponer una multa o una cláusula penal, no se limitan al pago de un valor pecuniario, sino que implica, como ya se anotó

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1999. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp.17.031.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012. C.P: Danilo Rojas Betancourth. Exp.15.024.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 2023. C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Exp.61.029.

la inhabilidad de poder contratar. A partir de esto, se puede decir que la caducidad si es una cláusula verdaderamente exorbitante pues su aplicación implica la utilización de un razonamiento que sólo se explica en contratos públicos. Ahora bien, hay que anotar que en ocasiones la ley autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales como la caducidad en ciertos contratos regidos, por regla general, por normas de derecho privado; esto ocurre, por ejemplo, con los contratos celebrados por prestadores de servicios públicos domiciliarios, lo cual se explica por la necesaria garantía de continuidad en la prestación del servicio en pro del interés general⁸⁷.

Por otra parte, la evolución de los estatutos de contratación pública da cuenta que el carácter sanción administrativa siempre ha sido inherente a la institución de la caducidad. En efecto, ya el Decreto 222 de 1983 incluía a esta institución, junto con la multa y la cláusula penal en su título VI, referido a las cláusulas obligatorias del contrato estatal por lo que su pacto era de obligatoria observancia a todo contrato estatal que no fuera de compraventa de bienes muebles o de empréstito⁸⁸. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió con la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente la multa y la cláusula penal, la ley 80 de 1993 si consagró expresamente esta figura. En consecuencia, nunca se puso en duda la capacidad que tenía Administración de imponerla unilateralmente y, en consecuencia, su carácter de sanción administrativa.

Por último, no sobra indicarlo, al igual que con la multa y cláusula penal, la imposición de la caducidad por parte de la Administración está sometida a un debido proceso regulado en la

⁸⁷ Cfr. Ley 142 de 1994: *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2023. C.P: Fredy Ibarra Martínez. Exp.47.592.

⁸⁸ Artículo 61 del Decreto 222 de 1983.

ley 1474 de 2011 en el que el contratista debe contar con todas las garantías de defensa y probatorias⁸⁹.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se vio como los mecanismos sancionatorios del derecho contractual público colombiano se constituyen como instrumentos claves para la Administración pública de cara a sancionar a los contratistas que incumplen con sus obligaciones, lo que contribuye a lograr la consecución de los fines del Estado. Se hicieron a su vez, un recorrido por su naturaleza y funcionamiento práctico de cada una de las figuras que materializan dicho poder sancionador. Como conclusiones de la presente investigación se destacan:

- (I) De las cláusulas excepcionales que dispone el ordenamiento colombiano, únicamente la caducidad puede ser catalogada como sanción administrativa.
- (II) La facultad de la Administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal o imponer una multa ya no puede ser considerada como un poder exorbitante.
- (III) Las cláusulas excepcionales ostentan el carácter de tal debido a la facultad de la Administración de imponerlas mediante acto administrativo, más no porque su pacto esté prohibido entre privados.

⁸⁹ Para profundizar sobre el alcance de las garantías inherentes al debido proceso sancionatorio contractual, cfr. MATEUS LONDOÑO, Diana, *op. cit.*, pp. 91 y ss.