

**CAPACITACIÓN**  
**-CLÁUSULA DE MULTAS, PENAL PECUNIARIA Y EL**  
**PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS**  
**ESTATALES**

**EMPRESA EDESO S.A.S.-RIONEGRO**

**WILLINGTON GIL ALZATE**  
**MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO –UdeA-**  
**PROFESOR UNIVERSITARIO**  
**ASESOR Y CONSULTOR CONTRATACIÓN ESTATAL Y RÉGIMEN JURIDICO**  
**APPs**

**[wgil@esleg.com](mailto:wgil@esleg.com)**

**CEL: 3127787196**

# **POSTESTADES EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN**

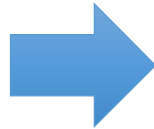
## **POTESTADES PÚBLICAS EN EL CONTRATO ESTATAL**

### **1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DESARROLLADA A TRAVÉS DE PRINCIPIOS GENERALES Y ESPECIALES**

### **2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

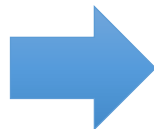
- 2.1** Igualdad en el proceso de selección en el contrato estatal
- 2.2** Igualdad de las partes en la ejecución del contrato estatal, una garantía de la ecuación contractual

**1. PRINCIPIO  
AUTONOMIA DE LA  
VOLUNTAD**



- Igualdad de las partes-  
la bilateralidad
- Libertad contractual

**2. EL PRINCIPIO  
CONSTITUCIONAL DE  
LEGALIDAD-LA  
COMPETENCIA  
ADMINISTRATIVA  
ARTS 6 y 121 C.P.**



En materia de  
competencias, lo que no  
está expresamente  
permitido, esta  
prohíbido

**“La Sala encuentra que uno de los cargos se refiere concretamente a la falta de competencia de la administración para expedir los actos administrativos mediante los cuales se impusieron las sanciones que se discuten, por lo que abordará la Sala en primer lugar este cargo, pues de llegar a prosperar, no será necesario el estudio de los demás.**

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

\*  
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA CONSEJERO PONENTE: DR. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005). EXPEDIENTE No. 14579. ACCION CONTRACTUAL

## Introducción.

### **1. La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales.**

- Naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales
- La cláusula penal pecuniaria
- Las multas contractuales
- Regulación, pacto e imposición
- La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como potestades sancionatorias contractuales
- Regulación, pacto e imposición por vía administrativa. Evolución normativa y jurisprudencial
- ¿Cuál Procedimiento Administrativo Sancionatorio debe aplicarse?
- Control judicial

## 2. El tratamiento de las cláusulas penal pecuniaria, multas y excepcionales

- Las cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como potestades excepcionales
- Nulidad por objeto ilícito por imposición unilateral de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en regímenes excepcionales
- La cláusula penal pecuniaria, las multas contractuales y su relación con el poder administrativo sancionador del Estado
- La nulidad del pacto de las cláusulas comunes como cláusulas excepcionales en la contratación regulada por el derecho privado.
- En dicho régimen excepcionado, su imposición solo para afectar la garantía –Reglas Código de Comercio arts 1053 y 1077 y ss y las Condiciones Generales de la Póliza o Garantía Bancaria.

### 3. Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal.

- Vacíos jurídicos de la concepción actual de las cláusulas penal pecuniaria y de multas
- Inquietudes actuales:
  - Violación del principio de legalidad al catalogarse la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales **como sanciones administrativas**
  - Violación del principio de legalidad al permitirse la imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas exorbitantes
  - Violación del principio de legalidad al aplicar la cláusula penal y las multas contractuales por la vía de las competencias implícitas

---

## DEBIDO PROCESO – POTESTAD SANCIONATORIA

### CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T – 145 1993, Sentencia C – 827 de 2001:

- Derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29).
- Atenuaciones para las actuaciones administrativas sancionatorias.
- APLICA: Ppio. de legalidad, imparcialidad y publicidad, proscripción de la responsabilidad objetiva – nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, reglas de la carga de la prueba, derecho de defensa, libertad probatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malampartem, entre otras.

---

## DEBIDO PROCESO – POTESTAD SANCIONATORIA

*“(...) al derecho de control que tiene la Administración Pública le corresponde como lógica consecuencia un derecho de sanción: no basta darle a la Administración el medio de comprobar las faltas de su contratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas, y esto se logra mediante las distintas sanciones admitidas por la ciencia jurídica”.*

CONSEJO DE ESTADO (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 19 de agosto de (2004), radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342))

---

## DEBIDO PROCESO - POTESTAD SANCIONATORIA

- La multa –**conminatoria**- y la cláusula penal –**estimación anticipada de perjuicios producto del incumplimiento contractual**- son sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas, consistentes en el pago de una suma de dinero para el caso en que el cocontratante incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones debidas a su cargo.
- La cláusula penal como las multas que se apliquen deben tener siempre por “fuente” **al contrato o los pliegos de condiciones.**
- Se trata de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas

---

## REGULACIÓN, PACTO E IMPOSICIÓN

Controversia:

¿Son o no, excepcionales al Derecho Común?

¿Se pueden exigir directamente?

¿Derecho Administrativo Sancionatorio?

---

## REGULACIÓN, PACTO E IMPOSICIÓN

### Ley 1150 de 2007 (Art. 17):

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**. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista **y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista**. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

---

## Sentencia del 20 de junio de 2002

“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que "la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos"(auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). ”.

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

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.” \*

**\* CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA CONSEJERO PONENTE: DR. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR.** Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005). **EXPEDIENTE No. 14579. ACCION CONTRACTUAL**

---

## CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA

“Fue con la expedición de la Ley 1150 de 2007, como ya se advirtió en otro aparte de esta providencia, que el legislador incorporó nuevamente dichas potestades a favor de las entidades estatales, en su artículo 17”.

“De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”

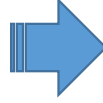
MP. MARÍA ADRIANA MARÍN. 28/11/2019. Radicación: 1100103260002009000034 00. Expediente: 36600- Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ. Demandado: NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

¿Cuál ES EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO APLICABLE PARA PACTAR, IMPONER Y SANCIONAR CON MULTAS, O DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL?

- LEY 1437 ARTS 47 Y SS -PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO- ?
- Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 86. -IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO- ?
- ARTS 1053 Y 1077 CÓDIGO DE COMERCIO –RECLAMACIÓN FORMAL SEGÚN CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA?

\*CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veintidós (22) de octubre del dos mil quince (2015) Radicación número: 190012331000200700555 01 (48.061) Actor: Ecopetrol S.A.

¿CUAL ES EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO APLICABLE PARA PACTAR, IMPONER Y SANCIONAR CON MULTAS, O DELCRAR EL INCUMPLIMIENTO Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL?

- LEY 1437 ARTS 47 Y SS -**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO-** ?  *"Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes." S.f.t.*
- Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 86. -**IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO-** ?  Las entidades **sometidas al** Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- ARTS 1053 Y 1077 CÓDIGO DE COMERCIO – **RECLAMACIÓN FORMAL SEGÚN CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA?**  Entidades **excepcionadas del** Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

---

## REGULACIÓN, PACTO E IMPOSICIÓN

Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, **cuantificando los perjuicios del mismo**, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

---

## AUDIENCIA

- a) **Evidenciado un posible incumplimiento** de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo **citará a audiencia** para debatir lo ocurrido (...)
- Mención expresa y detallada de los hechos
  - **informe de interventoría o de supervisión** en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista
  - el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
  - En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, **el garante será citado de la misma manera.**

---

## AUDIENCIA

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, **presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación**, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para **que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;**

---

## AUDIENCIA Y ESTRADOS

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

---

## AUDIENCIA

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

## PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PAGO Y RECONOCIMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

“58. Es así como la jurisprudencia de la Sección, ha considerado la procedencia de la graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria, manifestando:

*Considerando que la **cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios**, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; **se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción**, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad<sup>32</sup> -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>33 34</sup>-, así se lo exigen. “*

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C, seis de diciembre de dos mil trece (2013) Referencia: Expediente n.o 27593 Actor: Aseguradora Colseguros S.A. Demandado: La Nación-Fondo Rotatorio de la Policía Nacional Naturaleza: Acción de controversias contractuales

# MULTAS, SANCIONES, CLAUSULA PENAL ART. 17 LEY 1150 Y DECRETO 1510 DE 2013 –COMPILADO DECRETO 1082 DE 2015-

**DEBIDO  
PROCESO**



**LEY 1150  
MULTAS Y  
CL. PENAL**



**DECRETO  
1510 DE  
2013-  
COMPILADO  
EN DECRETO  
1082 DE  
2015-  
MULTAS**

- Facultad unilateral sin ser clausula excepcional;
- Audiencia con procedimiento previo;
- Solo durante la ejecución o cuando esté pendiente la obligación;
- Cláusula Penal Pecuniaria es estimación anticipada de perjuicios sujeta al principio de proporcionalidad;
- Exigibles mediante compensación o pago de la garantía constituida o proceso judicial.

DE LA TERMINACIÓN  
UNILATERAL por el  
incumplimiento  
contractual del  
contrato según Ley 80  
de 1993, Art. 1546 del  
Código Civil y el Art. 870 de  
Código de Comercio.

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO  
SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veinte  
(20) de febrero de dos mil diecisiete (2017).  
Radicación número:  
50012331000200304466 02 (56.562).

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN  
TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero  
ponente:Alberto Montaña Plata Bogotá D.C.,  
19 de junio de 2019 Radicación  
número: 85001-23-31-001-2008-00076-01  
(39800)



EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS  
SUJETAS AL RÉGIMEN CONTRACTUAL  
DEL ESTATUTO GENERAL DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA.

EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON  
RÉGIMEN CONTRACTUAL  
EXCEPTUADO AL ESTATUTO  
GENERAL DE CONTRATACIÓN.

## DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL por el incumplimiento contractual del contrato

EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS  
SUJETAS AL RÉGIMEN  
CONTRACTUAL DEL ESTATUTO  
GENERAL DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA.



SOLO SI LAS DISPOSICIONES CIVILES Y COMERCIALES Y PARA EFECTOS DE LA AFECTACION DE LA PÓLIZA, EL ORDENAMIENTO JURIDICO HABILITA A ELLO, ES VÁLIDO.

EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS  
CON RÉGIMEN CONTRACTUAL  
EXCEPTUADO AL ESTATUTO  
GENERAL DE CONTRATACIÓN.  
QUE HAYAN cláusulas  
con la condición  
resolutoria.



- LA ENTIDAD PUEDE UNILATERALMENTE TERMINAR EL CONTRATO DADO QUE EN EL DERECHO PRIVADO EXISTEN NORMAS DEL CODIGO DE COMERCIO QUE ASI LO AUTORIZAN.
- SOLO PARA EFECTOS DE HACER EFECTIVA LA PÓLIZA, DE ACUERDO CON EL CONTRATO DE SEGURO QUE AMPARA DICHA GARANTÍA

## DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL por el incumplimiento contractual del contrato

- LA ENTIDAD PUEDE UNILATERALMENTE TERMINAR EL CONTRATO DADO QUE EN EL DERECHO PRIVADO EXISTEN NORMAS DEL CODIGO DE COMERCIO QUE ASI LO AUTORIZAN. 
- Terminación unilateral es una facultad que le permite a un extremo de la relación contractual, ante el incumplimiento de su contraparte dar por terminado el contrato, sin necesidad de acudir al juez.
- CCC y CO.DE CO contienen algunos ejemplos de terminaciones unilaterales, como el que consagra el artículo 973 del Código de Comercio, para el caso de un contrato de suministro cuyo incumplimiento le haya causado perjuicios graves a una parte, o un ejemplo de “terminación automática”, como la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la póliza (artículo 1068 del Código de Comercio), se suman otros ejemplos contenidos en los artículos 1325, 1279 y 1420 del Código de Comercio.

DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL por el incumplimiento contractual del contrato

NATURALEZA  
JURISPRUDENCIAL DE  
CLÁUSULAS CON  
CONDICIÓN  
RESOLUTORIA EN  
CONTRATOS

ESTATALES Art. 1546 del  
Código Civil y el Art. 870 de  
Código de Comercio



SE FUNDAMENTAN EN EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD O EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?



CLÁUSULAS LEONINAS RESPECTO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD?



SON POTESTADES EXCEPCIONALES SOLO PARA EFECTOS DE HACER EFECTIVA LA POLIZA, DE ACUERDO CON EL CONTRATO DE SEGURO QUE AMPARA DICHA GARANTÍA?



SU IMPOSICIÓN POR LA ENTIDAD, SON FENÓMENO JUDICIAL?

¡GRACIAS!