

CONTRATO ESTATAL - Fines / CONTRATACION ESTATAL - Potestad sancionadora / POTESTAD SANCIONATORIA - Alcance / POTESTAD SANCIONATORIA - Fundamentos / POTESTAD SANCIONATORIA - Finalidad / CONTRATO ESTATAL - Sanción / SANCION CONTRACTUAL - Naturaleza / POTESTAD SANCIONATORIA CONTRACTUAL - Figuras / POTESTAD SANCIONATORIA - Debido proceso / POTESTAD SANCIONATORIA - Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Potestad sancionatoria

El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata -para el caso colombiano- en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. Incluso, el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. De igual forma, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales. En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos." De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-597 de 1996; Sentencia C-214 de 1994; Sentencia C-853 de 2005; sobre PRINCIPIOS DEL PODER SANCIONATORIO: Sentencia C-827 DE 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis., todas de la corte Constitucional

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Noción / POTESTAD SANCIONATORIA - Principio de legalidad / MULTA - Principio de legalidad. Alcance / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Principio de legalidad. Alcance / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL -

Principio de legalidad. Alcance / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Principio de legalidad / PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Potestad sancionatoria contractual

El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política - artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado. Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad. En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el *ius puniendi* del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad. La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se

contemplan previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-124 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería de la Corte Constitucional

MULTA - Evolución legislativa / CLAUSULA PENAL - Evolución legislativa / MULTA - Decreto ley 222 de 1983 / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Decreto ley 222 de 1983 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - Multa. Cláusula penal pecuniaria / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Decreto ley 222 de 1983. Multa. Cláusula penal pecuniaria / MULTA - Ley 80 de 1993 / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Ley 80 de 1993 / LEY 80 DE 1993 - Multa. Cláusula penal / LEY 1150 DE 2007 - Cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Ley 1150 de 2007 / SANCION PECUNIARIA - Contrato estatal. Competencia / CONTRATO ESTATAL - Sanción pecuniaria

El decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En los artículos 71 y 72 disponía la obligación de las entidades estatales -con algunas excepciones- de pactar la cláusula de multas y la penal pecuniaria y, además, confería la potestad de imponerlas directamente, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos legales al respecto. De las normas transcritas (decreto-ley 222 de 1983 art 71, 72) se destacan tres aspectos: el primero, relacionado con la obligación que, expresamente, impone la ley a las entidades públicas de pactar en sus contratos administrativos la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria, con excepción, en ambos casos, del contrato de empréstito; en segundo lugar, son claras las normas al otorgar a las entidades públicas la potestad de imponer y hacer efectivas, directamente, las multas y la cláusula penal, facultad mediante la cual se espera que la administración alcance los fines propios del Estado. Finalmente, ambas normas contemplan la obligación para la entidad de aplicar estas sanciones con plena observancia del principio de proporcionalidad, condición que se erige en garantía frente del ejercicio de las actuaciones de la administración. Advirtiendo que en la Ley 80 de 1993 no se reguló, expresamente, la figura de la cláusula penal pecuniaria, pues, sólo en determinados apartes se hace una referencia indirecta a su existencia, es necesario tener presente que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, sí se prescribió con precisión esta institución. Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. Esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.

MULTA - Facultad contractual / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Facultad contractual / POTESTAD SANCIONATORIA - Facultad contractual

Teniendo en cuenta que de conformidad con el decreto-ley 222 de 1983 -para efectos del caso concreto- las entidades públicas tenían competencia para imponer y cobrar las sanciones pecuniarias, es preciso advertir que la multa y la cláusula penal deben contemplarse en el contrato y en los pliegos de condiciones, en cumplimiento del principio de legalidad. En este orden de ideas, cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria utilizan una facultad de naturaleza propiamente contractual, pues ella radica, previa y necesariamente, en el contenido del contrato y de los pliegos de condiciones.

FF: DECRETO-LEY 222 DE 1983

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Función / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Criterio de acción / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Criterio de control / POTESTAD SANCIONATORIA - Principio de proporcionalidad / ACTUACION ADMINISTRATIVA - Proporcionalidad / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - Proporcionalidad / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Cláusula penal pecuniaria / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Propósito / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Potestad discrecional / POTESTAD DISCRECIONAL - Principio de proporcionalidad / POTESTAD REGLADA - Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria. Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria. Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo

anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional. En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de noviembre 30 de 2006. Exp. 13.074; sentencia de noviembre 30 de 2006; Sentencia C-421 de 2002 de la Corte Constitucional

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Noción / MULTA - Finalidad / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Finalidad / MULTA - Diferente a cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Diferente a multa / INCUMPLIMIENTO PARCIAL - Multa / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Tasación anticipada de perjuicios / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Consecuencia

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal." Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un

incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcan los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631; Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Graduación judicial / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Monto excesivo / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Monto insuficiente / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Reducción / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Reparación integral del daño / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Cláusula penal pecuniaria / GRADUACION JUDICIAL DE LA CLAUSULA PENAL - Obligación / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Disminución. Línea jurisprudencial / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Imposición / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Pago. Excepciones

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. 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 -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la

cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-1547 de 2000; sobre DISMINUCION DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: sentencia de octubre 20 de 1995; sentencia de septiembre 13 de 1999 Exp. 10.264; sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757; Sentencia de marzo 9 de 2000, Exp. 10.540; Auto de octubre 28 de 2004. Exp. 22.261; Auto de noviembre 4 de 2004. Exp. 24.225. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Graduación de cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Graduación. Criterios / GRADUACION DE LA CLAUSULA PENAL - Régimen aplicable

Se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula. De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa. Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál

de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema. La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10 y 20.15 del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo. Ahora bien, considerando -conforme al artículo 867 del Código de Comercio- que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato - sólo se ejecutó el 38.77% de su alcance-, no obstante lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar la decisión del a quo, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%. Por esta razón, el aspecto de la sentencia del a quo con el cual está inconforme la parte demandada se confirmará -esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato. Nota de Relatoría: Sobre INTERESES MORATORIOS EN EL CODIGO DE COMERCIO: Sentencia de mayo 13 de 1988; Sentencia de 18 de octubre de 2007. Exp. 15.756

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

Actor: CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA.

Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

Referencia: APELACION SENTENCIA - CONTRACTUAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por Clavijo Delgado Ingenieros Civiles Asociados LTDA y el Área Metropolitana de Bucaramanga, contra la sentencia proferida el 5 de abril de 1999, por el Tribunal Administrativo de Santander -fls. 372 a 404, Cdo. Ppal.-, mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARANSE parcialmente nulas las siguientes resoluciones: No. 000 de 28 de junio de 1994: ‘Por la cual se declara el incumplimiento de un contrato y se hace efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria’ en sus artículos 1° y 3°, la resolución No. 349 de 06 de septiembre de 1994: ‘Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición’ en su artículo 1°, la resolución No. 437 de 01 de

noviembre de 1994 en su artículo 2°, y la resolución No. 0021 de 23 de enero de 1995 en su artículo 2°, proferidas por el AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA.”

“SEGUNDO: INHIBIRSE de emitir pronunciamiento de mérito respecto de la resolución No. 348 de 06 de septiembre de 1994 expedida por la entidad antes mencionada.

“TERCERO: MODIFIQUESE el Acta de Liquidación del Contrato No. 0244 de 1993 celebrado entre el AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA y la firma CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES estableciendo el valor de la Cláusula Penal Pecuniaria en la suma de \$8'640.402,27.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones: En el *petitum* de la demanda se formularon las siguientes -fls. 175 a 178, Cdno. Ppal-:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0222 de junio de 1994, expedida por el Área Metropolitana de Bucaramanga, mediante la cual se declaró el incumplimiento total del contrato de obra pública No. 0244 de noviembre 18 de 1993, celebrado entre esta entidad y la sociedad Clavijo Delgado Ingenieros Civiles Asociados LTDA., con el objeto de recuperar la malla vial Fase II Segunda Etapa, Boulevard Bolívar - Boulevard Santander.
- Así mismo, que se declare la nulidad de las resoluciones No. 0348 y 0349 de septiembre 6 de 1994, mediante las cuales se resolvieron, desfavorablemente, los recursos de reposición interpuestos por en actor y por la compañía de seguros Alpha SA., contra la resolución 0222 de 1994.
- Además, que se declare la nulidad de la resolución No. 0437 de noviembre 1° de 1994, mediante la cual se liquidó el contrato, y de la resolución No. 0021 de enero 23 de 1995, que resolvió el respectivo recurso de reposición -ambas proferidas por el Área-.

- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se determine que la sociedad demandante no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de “cláusula penal pecuniaria” y, por tanto, que no se hagan efectivas las pólizas de “cumplimiento y anticipo” -modificadas en el transcurso de la ejecución-, prestadas por la compañía de seguros Alpha SA, y si ya fueron pagadas, se ordene su reembolso.
- Que se practique nueva liquidación al contrato No. 0244 de 1993, en la cual se reconozcan las siguientes sumas de dinero: a) \$36'474.993,39 por concepto de obra ejecutada y pagada al contratista -actas de obra de febrero 4 y marzo 16 de 1994-, suma que debe ser descargada de la liquidación final, pues ya se canceló al contratista -escrito de aclaración de la demanda f. 211 cdno. ppal.-; b) \$5'509.564,54 por obra ejecutada y no pagada por la entidad contratante; c) \$1'094.249,65 por concepto de fondo de reserva retenido por la entidad y no pagado al contratista; d) \$28'222.774,50 correspondientes al anticipo recibido por el contratista; y e) \$10'942.498,52 por concepto de amortización del anticipo por parte del contratista.

1.2. Los hechos. Como fundamento de las súplicas de la demanda se narraron los siguientes hechos:

El 18 de noviembre de 1993, se suscribió el contrato de obra pública No. 0244 -a precios unitarios-, entre el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA y la sociedad CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA, para la “Recuperación vial Fase II Segunda Etapa, Boulevard Bolívar - Boulevard Santander”, con un plazo de 90 días, los cuales comenzaron a correr el 30 de diciembre del mismo año, fecha en que se impartió la orden de iniciación -acta No. 01-.

Señala el demandante que pese a que la cláusula vigésima segunda del contrato, disponía que la obra se ejecutaría conforme a los planos y especificaciones técnicas que harían parte de los documentos contractuales, aquellos solo fueron puestos a disposición por el interventor el 3 de febrero de 1994. Estos documentos permitieron observar la “ostensible diferencia” entre la obra contratada y la obra a ejecutar -mayor cantidad de obra-, lo cual generó dificultades económicas para el contratista, pues, además, los precios habían cambiado “notoriamente”.

Esta situación se puso a consideración de la entidad, la cual, el 14 de febrero decidió incluir nuevos ítems de obra -acta No. 003-, y celebrar contrato adicional No. 01 -de la misma fecha-, ampliando el plazo.

Aunque el contrato siguió su ejecución, el demandante advierte sobre las “serias dificultades” y el desequilibrio financiero del mismo, pues el precio del asfalto seguía aumentando. Con base en estas situaciones, el contratista “buscó afanosamente” que se restableciera el equilibrio económico del negocio jurídico, a través del reajuste de precios, considerando la diferencia entre la ejecución de la obra, lo presupuestado y contratado, ante lo cual, recibió una comunicación escrita el 27 de abril de 1994, en la que manifestaba el interventor la decisión adoptada por la entidad de liquidar el respectivo contrato -en ese momento, considera el actor, se había ejecutado un 43% de la obra-.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad contratante expidió la resolución No. 0222 de junio 28 de 1994, mediante la cual declaró “EL INCUMPLIMIENTO TOTAL DEL CONTRATO No. 0244 DE 1993”, ordenando su liquidación y la imposición de la cláusula penal pecuniaria por un equivalente al 15% del valor del contrato, haciendo efectivas las pólizas de cumplimiento y anticipo. Contra dicho acto, el contratista y la compañía aseguradora, interpusieron recurso de reposición, los cuales fueron decididos “desfavorablemente”.

El 1° de noviembre de 1994, la entidad declara en firme la liquidación unilateral del contrato, situación que, señala el actor, es injusta, pues se sanciona con el tope máximo de la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato -15%-, como si no hubiese realizado ningún porcentaje de obra. Esta decisión fue recurrida por el contratista pero la resolución, por parte de la entidad, confirmó los términos del acto impugnado.

En este orden, el contratista deprecó ante la Cámara de Comercio de Bucaramanga la realización de audiencia de conciliación, solicitando que la entidad convocada -Área Metropolitana de Bucaramanga-, revocara las resoluciones antes mencionadas. El ente citado no accedió a las pretensiones, lo cual quedó establecido en acta de 23 de noviembre de 1995.

El actor considera “injusta” la declaración de incumplimiento total del contrato, pues afirma que a la fecha de recibo de la orden de liquidación -abril 27 de 1994-, había realizado “un alto porcentaje” de la obra, lo que se constata con las actas de obra ejecutada presentadas por el contratista, que fueron aprobadas y canceladas por la entidad, e incluso, había obra ejecutada sin cancelar.

Expone, además, la demanda, que con los actos demandados, se violó el artículo 84 del CCA, toda vez que dichas resoluciones fueron expedidas con base en una “falsa motivación”, debido a que la determinación adoptada referente al “incumplimiento total” del contrato, no observó la realidad de los hechos, pues al momento del pronunciamiento, ya se había ejecutado “buena parte de la obra contratada.

2. Trámite en la primera instancia

2.1. Contestación de la demanda.

El ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA contestó la demanda el 2 de abril de 1997 -fls. 244 a 249, cdno. ppal.-, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora.

Señaló que el plazo del contrato se inició el 20 de diciembre de 1994, y no el día 30, como lo afirmó el contratista. Así mismo, asevera que no procedía el reajuste de precios solicitado, pues con base en el mismo contrato se tenía claridad en cuanto a que éstos no habían sido estipulados en la negociación, más aún si se observa que el plazo del contrato era “tan solo de noventa (90) días”.

Expresó la entidad que a través de las comunicaciones GER 014 de 1994 y GER 030 del mismo año, el contratista informó que los trabajos a realizar no correspondían a los contratados, y que debido a esta situación la entidad creó nuevos ítems de obra que permitieran la ejecución con base en los planos y diseños entregados.

De igual forma, puso de presente los constantes informes de interventoría que reflejan el incumplimiento del contratista. En este sentido, muestra como a través del oficio de la interventoría No. 006-94 de enero 06 de 1994, se advirtió a aquel sobre “la falta de programación en la ejecución de los trabajos diarios por falta de

personal". Así mismo, además de las comunicaciones verbales expuestas al contratista para que cumpliera con el programa acordado, nuevamente, mediante oficio No. 033 de enero 20 de 1994, le hizo un llamado al cumplimiento, pues el interventor había observado "que la obra se encontraba parcialmente paralizada debido a la falta de equipo de compactación de concreto asfáltico, al igual que se solicitó llevar a la obra el equipo especificado en la propuesta presentada para este tipo de trabajo para que la obra recuperara los rendimientos para asegurar el cumplimiento del contrato".

Admite la demandada que expidió la resolución No. 0222 de 1994, mediante la cual declaró el incumplimiento total del contrato, y que fue confirmada a través de las resoluciones No. 348 y 349 de 1994, sosteniendo que dicha determinación se adoptó al observar "la realidad histórica" del pacto. Conforme a lo anterior, y a la cláusula décima novena del negocio jurídico, la entidad impuso la cláusula penal pecuniaria de acuerdo al monto máximo estipulado, esto es, del 15% del valor del mismo, pues con base en el informe de interventoría de junio 9 de 1994 "día en que el contratista abandonó la ejecución de las obras, apenas había ejecutado el 38.77% del valor del contrato, lo cual pone de relieve el grave y ostensible incumplimiento contractual" -fl. 398 cdno. ppal.-.

Por tanto, conforme al artículo 72 del decreto 222 de 1983 -norma que regula el contrato-, esta cláusula se hará efectiva por la entidad, directamente, en caso de declararse la caducidad o el incumplimiento del mismo.

Sostuvo, además, que con la expedición de los actos demandados no se violó el artículo 84 CCA, pues conforme al artículo 83 de la Constitución Política, la declaración de incumplimiento declarada por la entidad se enmarcó en el postulado de la buena fe. Además, el contratista al presentar su oferta debió tener en cuenta las situaciones del mercado, siendo "consciente de lo que estaba suscribiendo y asumiendo la responsabilidad que estaba adquiriendo".

En este sentido, considerando que el contrato, por su corto plazo -90 días-, no estableció la cláusula de reajuste de precios, "es cuestionable la conducta del contratista" al suscribir un acuerdo o negocio que se ejecutará finalizando un año y a principios de otro, para sustentar luego su incumplimiento en el alza de los precios, situación que es normal durante este tiempo. Por tanto, la entidad lo único

que observó para adoptar su decisión, fue “el incumplimiento reiterado” en la ejecución del contrato, “por causas imputables al contratista”.

2.2. Pruebas y alegatos de conclusión.

2.2.1. El proceso se abrió a pruebas el 20 de junio de 1997. Luego se citó a audiencia de conciliación -mediante auto de 19 de junio de 1998 fl. 354 cdno. ppal.-, la cual se llevó a cabo el 14 de julio del mismo año, pero resultó fallida. Finalmente se corrió traslado para alegar, a través de providencia de 28 de septiembre de 1998 -fl. 363 cdno. ppal.-.

2.2.2. Alegatos de la parte actora.

Se ratificó en su posición en cuanto a la violación del artículo 84 del CCA, considerando que la declaratoria de “incumplimiento total” del contrato se apoyó en razones falsas, con base en “motivaciones equivocadas, desproporcionadas y mal intencionadas, y se apartan de la situación real que rodeó el desarrollo del Contrato”.

Afirma la demandante que la lentitud en la ejecución de la obra no tuvo otra razón que la realización de trabajos que no habían sido contratados, los cuales constan en la celebración del contrato adicional que estipuló nuevos ítems y la ampliación del plazo.

Así mismo, sostiene que la entidad se contradice al imponer una cláusula penal pecuniaria por el monto máximo correspondiente al 15%, aduciendo el “incumplimiento total” del contrato, pero, al mismo tiempo, en el escrito de contestación afirma que se verificó una ejecución del 38.77%. Además, prueba del porcentaje de ejecución de obra es la cancelación de dos actas, más otro tanto de obra que se adeuda.

Por último, señala el actor que no es posible afirmar el abandono de la obra en los términos expuestos por la demandada, pues se debe tener en cuenta que mediante comunicación del interventor, en la cual se dio aviso de la liquidación del contrato, al contratista no le quedó otro camino que retirarse de la obra -fls. 368 a 370 cdno. ppal.-.

2.2.3. Alegatos de la parte demandada.

La entidad pública reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y señaló que la declaración de “incumplimiento total” del contrato se profirió con base en los constantes incumplimientos del contratista, y de acuerdo a las cláusulas contractuales, en una de las cuales se establece que se impondrá una cláusula penal pecuniaria por incumplimiento, hasta del 15% del valor del contrato.

Afirmó que el incumplimiento se advierte en los constantes informes de interventoría, a través de los cuales se instaba al contratista para que dispusiera de la maquinaria y personal necesarios, instalara las vallas y señales preventivas conforme al contrato, cumpliera con la programación de ejecución de trabajos diarios, hasta el punto en que después de dos meses -60 días-, mediante oficio No. 059 del 18 de febrero de 1994, la interventoría constató que “el porcentaje de la misma, no alcanzaba a ser el 20% de la contratada”.

Afirma la entidad demandada que “el Contratista suspendió la ejecución de los trabajos, con bastante anterioridad a la fecha de terminación”, situación que se convirtió en un riesgo para la circulación peatonal y vehicular, pues dejó varias excavaciones abiertas.

Igualmente, se ratificó en cuanto a la imposición de la cláusula penal por un monto del 15%, debido al incumplimiento total del contrato; y además recordó que no existía cláusula de reajuste de precios en el -fls. 364 a 368 cdno. ppal.-.

3. La sentencia recurrida

Mediante sentencia de 5 de abril de 1999, el *a quo* declaró la nulidad parcial de los actos demandados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sobre el estudio de fondo del proceso, determinó que: “*evidentemente se observa que la parte demandante incurrió en circunstancias constitutivas de incumplimiento*”, pues no es procedente el sustento que expone el actor, referente a las reiteradas comunicaciones mediante las cuales le solicitaba a la entidad un reajuste de precios, teniendo en cuenta que, conforme al contrato, éste no era procedente. En este orden de ideas, conforme al artículo 86 del decreto 222 de

1983, la cláusula de reajuste de precios era potestativa de las partes, por tanto, en el presente caso se entiende que renunciaron a ella, porque no la pactaron -fl. 392 cdno. ppal.-

De igual forma, luego de analizar la teoría y los elementos de la imprevisión, la sentencia determinó, al considerar la renuncia al reajuste de precios, que no procede la aplicación de la misma en el presente caso, pues el incremento en los precios del asfalto, a raíz del cambio de año, debe considerarse como un hecho notorio y, por tanto, debió tenerse en cuenta desde la presentación de la oferta, toda vez que era normal y previsible que en razón al cambio de año aumentarían los costos -fl. 396 cdno, ppal.-

Afirma el *a quo* que de lo probado en el proceso *“la Sociedad demandante ejecutó en el plazo convenido sólo una parte de la obra, aspecto que comporta la entidad suficiente para concluir que incurrió en incumplimiento (...)”* -fl. 396 cdno. ppal.-

Posteriormente, el tribunal señaló que la cláusula penal pecuniaria es *“un mecanismo de persuasión para lograr el cumplimiento y la garantía de las obligaciones contractuales”*, la cual, conforme a los artículo 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, es susceptible de ser reducida por vía judicial, considerando el cumplimiento parcial del contratista, y que además lo haya recibido la entidad a satisfacción.

Conforme a lo anterior, el tribunal consideró que el Área Metropolitana de Bucaramanga recibió del contratista *“el valor de las Actas No. 01 por la suma de \$13'133.805,00 y No. 04 por la suma de \$23'341.188,39 -fl 82- y que a pesar de ello aplicó por la cláusula penal pecuniaria el 15% del valor total del contrato”*. Además, la entidad no tuvo en cuenta el 38.77% de obra ejecutada, al imponer la totalidad de la cláusula penal, *“con lo que se acredita que no hubo justeza en la imposición de la multa.”*

En este sentido, conforme al artículo 170 del CCA, redujo el monto de la cláusula penal pecuniaria en un 38.77%, en razón al porcentaje de obra ejecutado por el contratista. Por tanto, la suma a pagar por este aspecto ya no sería de \$14'111.387,00, sino de \$8'640.402,27 -fls. 398 y 399 cdno. ppal.-

Conforme a lo anterior, el tribunal liquidó el contrato, y concluyó, que el contratista adeuda al contratante la suma de \$17'280.275,98 por concepto de anticipo recibido y anticipo amortizado; así mismo, el contratante adeuda al contratista \$6'623.814,19 a raíz de obras ejecutada por pagar y el fondo de reserva retenido. De acuerdo a la diferencia resultante de la operación anterior, el contratista debe rembolsar al contratante la suma de \$10'656.461,79, más lo correspondiente a la cláusula penal pecuniaria, esto es, \$8'640.402,27, para un total de \$19'296.864,06, a favor de la entidad contratante -fls. 400 a 402 cdno. ppal.-.

En este sentido, el *a quo* declaró parcialmente nulas las siguientes resoluciones, proferidas por el Área Metropolitana de Bucaramanga: 0222, 0349, 0437 de 1994 y 0021 de 1995, la nulidad recaerá sobre lo determinado en éstas, relacionado con el monto de la cláusula penal establecida por la entidad. Así mismo, se inhibió de pronunciarse sobre la resolución 0348 de 1994, pues el directamente afectado con ella -compañía de seguros Alpha -, no era parte en el proceso -fls. 402 y 403 cdno. ppal.-

4. El recurso de apelación

4.1. Área Metropolitana de Bucaramanga.

La entidad demandada se opuso a la decisión del *a quo* -fls. 418 a 420 cdno. ppal., y quedó inconforme en lo concerniente a la cláusula penal pecuniaria, "(...) *por cuanto los perjuicios finales para el AREA, se manifestaron en la no realización total de la obra contratada, debido a que el contratista incumplió la obligación principal; no obstante haberse ampliado el plazo de ejecución, la obra se vio suspendida. Luego el compromiso inmediato que le generaba al AREA dicha obra le obligaba a contratar nuevamente, generando mas gastos (perjuicios) a los inicialmente presupuestados, lo cual le ocasionó a mi representado una serie de perjuicios, que solo vemos resarcidos con el pago total de la Cláusula penal pecuniaria.*" -fl. 419 cdno. ppal-

4.2. La sociedad demandante.

El contratista, por su parte, fundamenta su apelación en dos aspectos, principalmente: *i)* La falsa motivación de los actos, lo cual alegó en la demanda; y *ii)* la impertinencia del artículo 170 del CCA para tomar la decisión.

i) Señala el apelante, que se aparta del fundamento expuesto por el tribunal para tomar la decisión en cuanto a la reducción del monto por concepto de cláusula penal pecuniaria. En este punto, advierte que en el fallo no se hizo referencia a la falsa motivación alegada frente a la resolución No. 0222 de 1994, mediante la cual se declaró el incumplimiento total del contrato y se impuso la cláusula penal pecuniaria por el 15% de su valor.

Al respecto señala que “*pruebas hay y suficientes*”, que demuestran la contradicción de la decisión, frente a la realidad de los hechos, pues el contrato se ejecutó en parte, y por tanto se incurre en falsa motivación al considerar que el contrato se incumplió totalmente.

Señala, además, que “*el contratante está faltando a la verdad*” cuando afirma que el contratista abandonó la obra, dejando de lado la comunicación de abril 27 de 1994, en la cual el interventor advirtió sobre la decisión de liquidar el contrato, situación que no ofrecía opción diferente a suspender los trabajos.

ii) Así mismo, considera el apelante que la decisión del *a quo* no debió fundarse en el artículo 171 del CCA, conforme al cual: “(...) para restablecer el derecho particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas”.

En este sentido, afirma que si el tribunal pretendía reemplazar, reformar o modificar una norma, debería ser el artículo 84 del CCA -en cuanto a la falsa motivación alegada-, pero no el acto administrativo acusado, tal como sucedió, pues esta situación está por fuera de su competencia.

En los anteriores términos, solicita que se revoque la providencia y que se acceda a las pretensiones de la demanda.

5. El trámite en esta instancia

5.1. Los recursos interpuestos por la parte actora y la demandada se admitieron, conjuntamente, el 13 de octubre de 1999 -fl. 425 cdno. ppal.-. Pero ni la parte demandante, ni la entidad demandada, alegaron de conclusión en esta instancia.

5.2. Concepto del Ministerio Público.

Expresa el Ministerio Público que, efectivamente, se observa el incumplimiento del contrato por parte del contratista, pues al finalizar el plazo acordado para la ejecución de su objeto, no se verificó la ejecución de lo requerido por la entidad. En este sentido, no puede excusarse el contratista en el aumento de los precios de los materiales o de la mano de obra, pues el convenio se celebró a un plazo “corto” -90 días-, y la cláusula de reajuste de precios -que no se contempló en el contrato-, se utiliza, generalmente, en los de mayor duración. También considera que era normal y previsible el alza en los precios por el cambio de año, por tanto no encuentra sustento alguno para el incumplimiento, el cual no se desvirtuó en el proceso.

Así mismo, justifica la decisión del *a quo*, en cuanto a la disminución del monto de la cláusula penal, porque conforme al artículo 1596 del Código Civil, no debe hacerse efectiva por la totalidad de lo estipulado, sino en proporción al porcentaje de obra ejecutada y recibida por la administración.

CONSIDERACIONES

Para efectos de abordar el tema, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* en primer lugar, estudiará la potestad sancionatoria de la administración con base en los principios de legalidad y proporcionalidad; seguidamente *ii)* analizará la figura jurídica de la cláusula penal pecuniaria en los contratos estatales; luego *iii)* se estudiará el alcance y la procedencia de su modificación por vía judicial y; finalmente, *iv)* se analizará el caso concreto.

Advierte la Sala que se modificará parcialmente la sentencia impugnada.

1. Síntesis del caso objeto de estudio, a partir de los aspectos probados en el proceso.

Entre el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA y la sociedad CLAVIJO DELGADO INGENIEROS ASOCIADOS LTDA. se celebró, el 18 de noviembre de 1993, el contrato de obra No. 0244, cuyo objeto consistía en realizar “(...) la RECUPERACIÓN VIAL FASE II 2DA ETAPA BOULEVAR BOLÍVAR-BOULEVAR SANTANDER (...)” -fl. 150 cdno. ppal-.

Conforme a la cláusula cuarta del referido contrato, su duración sería de noventa (90) días calendario, los cuales comenzaron a correr el 20 de diciembre de 1993 - día en que el Área impartió la orden de inicio-, y hasta el 20 de marzo de 1994.

Luego, a través de contrato adicional No. 01 de marzo 14 de 1994, se amplió el plazo en 30 días calendario; por tanto, la fecha de terminación se postergó para el 19 de abril de 1994 -fl. 91, cdno. ppal.-.

Posteriormente, y vencido el plazo de ejecución, el Área Metropolitana, mediante la Resolución No. 0222 de 28 de junio de 1994, declaró el “incumplimiento total” del contrato, e impuso la cláusula penal pecuniaria, por un monto igual al 100% de lo estipulado, esto es, el 15% del valor total del negocio -fl. 77 cdno. ppal.-

Esta decisión fue confirmada por las Resoluciones 0348 y 0349 de septiembre 06 de 1994, que decidieron los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad contratista y por la Compañía de Seguros ALPHA SA., respectivamente -fl. 68 y ss. Cdno. ppal.-.

En este sentido, el 1° de agosto de 1996 el contratista presentó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Bucaramanga, en la cual solicitó la nulidad de las Resoluciones 0222, 0348, 0349, 0473 de 1994 y 0021 de 1995 proferidas por el Área Metropolitana de Bucaramanga. Así mismo, deprecó que se declarara que la Sociedad no estaba obligada a cancelar la cláusula penal, y además, que se realizara una nueva liquidación del contrato, considerando las sumas de dinero indicadas en dicho escrito -fl. 174 cdno. ppal.-

El *a quo*, por su lado, encontró probado el incumplimiento del contrato, pero de igual forma decretó la nulidad parcial de los actos demandados, en lo relacionado con la cláusula penal pecuniaria, disminuyendo el monto de la pena, en consideración al porcentaje de obra ejecutada por el contratista y que fue recibida por la entidad estatal -fls. 403 y 404, cdno. ppal.-

2. La potestad sancionadora de la administración

El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata -para

el caso colombiano- en el artículo 2 de la Constitución de 1991¹, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción.

Incluso, el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. De igual forma, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico². Uno de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades³. En relación con este aspecto, la jurisprudencia se ha referido a la potestad sancionadora de la administración, en los siguientes términos:

¹ Constitución Política. Art. 2º. "Fines del Estado. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

² En cuanto a las nuevas funciones otorgadas a la administración y al sustento de la potestad sancionatoria, la Corte Constitucional ha señalado:

"A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc.

"Ahora bien, la nueva concepción del Estado según la cláusula "social de Derecho" produjo especialmente un incremento en las facultades administrativas. Si bien el constituyente y el legislador previeron y desarrollaron nuevos mecanismos de acción pública para el logro de los nuevos cometidos estatales, gran parte de esta actividad recayó en la Administración Pública. **El creciente aumento de las actividades ejecutivas significó el correlativo incremento de sus poderes, entre ellos el de sancionar el incumplimiento de los deberes para con ella.**" (Negrillas fuera del texto) (Sentencia C-506 de 2002)

³ La potestad sancionadora de la administración se desprende del *ius puniendi* del Estado, el cual está integrado por la teoría y el régimen en el derecho penal y, en el derecho administrativo, que se erigen en -el ordenamiento jurídico- como especies de la potestad punitiva del Estado, en consideración a la finalidad pretendida por cada una de ellas.

“La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones. En efecto, “[l]a fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias.
(...)

“(...) se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines⁴, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos⁵ y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.”⁶
(Negrilla fuera del texto)

En igual sentido, la doctrina ha señalado que la potestad sancionadora de la administración es la “(...) atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.”⁷

Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales.

⁴ Sentencia C-597 de 1996.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia C-214 de 1994.

⁷ OSSA Arbeláez, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*. Primera edición. Ed. Legis. Bogotá, 2000. Pág. 126.

En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos."⁸

De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. Al respecto ha expresado la Corte Constitucional:

"En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; **y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias.** En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador."⁹ (Negrillas fuera del texto)

En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-.

Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad¹⁰, en el cual se

⁸ Sentencia C-214 de 1994.

⁹ Sentencia C-853 de 2005.

¹⁰ El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración –así como el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en cualquier materia y por cualquier entidad-, exige la obligatoria observancia y

debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción.

2.1. El principio de legalidad.

El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política - artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Dispone la norma:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”¹¹ (Negrillas fuera del texto)

Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio

aplicación de diversos principios, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad, el de tipicidad de la conducta y el de proporcionalidad, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto: “5.1.2. En la doctrina se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del *ius puniendi* del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso -régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta), de proporcionalidad o el denominado *non bis in idem*.” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 DE 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis.)

¹¹ Respecto al artículo 29 de la Constitución Política, en lo referente al principio de legalidad, la Corte Constitucional ha expuesto: “Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, expresado en la doctrina jurídica con el aforismo latino ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’, que constituye parte integrante del principio del debido proceso y **en virtud del cual tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos.**” (Negrillas fuera del texto) (Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.)

de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado^{12 13}.

Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad.

En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el *ius puniendi* del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

¹² OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Ob. Cit. Pág. 238.

¹³ Se debe indicar, además, que cualquier actuación de orden administrativo debe estar regulada, previamente, en el ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 121 de la Constitución Política:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.”

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones¹⁴-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

¹⁴ En este sentido, la Ley 828 de 2003, contempla de forma directa la imposición de multas a efectos de controlar la evasión frente al sistema de seguridad social, al respecto dispone:

“ARTÍCULO 5o. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades o personas que tengan conocimiento sobre conductas de evasión o elusión, deberán informarlas en forma inmediata al Ministerio de la Protección Social tratándose de pensiones o riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Sena, ICBF o a la Superintendencia Nacional de Salud. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud o la autoridad competente según el caso dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la queja, correrán traslado al empleador o trabajador independiente responsable, quien deberá acreditar el pago o la inexistencia de la obligación que se le imputa en un plazo de treinta (30) días. **En el evento en que no se acredite el pago en el plazo mencionado, existiendo obligación comprobada y no desvirtuada, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, impondrá las sanciones previstas en la ley, que tratándose de multas, no podrán ser inferiores al cinco por ciento (5%) del monto dejado de pagar. (...)**”

“ARTÍCULO 8o. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.
(...)

“Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que debe imponer tanto la Superintendencia Nacional de Salud o quien haga sus veces como el Ministerio de la Protección Social, al empleador y al afiliado que no entregue la documentación. **Las multas por el incumplimiento a este deber podrán llegar a los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, graduados conforme la gravedad de la infracción y será destinada a subsidiar la cotización en salud de los cabeza de familia desempleados en los términos y condiciones que determine el Gobierno Nacional. (...)**”

“ARTÍCULO 9o. El parágrafo 3 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 quedará así: Registro único de proponentes. Para realizar la inscripción, modificación, actualización o renovación del registro único de proponentes, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones parafiscales. Las personas jurídicas probarán su cumplimiento mediante certificación expedida por el revisor fiscal o en su defecto por el representante legal; las personas naturales mediante declaración juramentada. **En caso de que la información no corresponda a la realidad, el Ministerio de la Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud impondrá una multa de diez (10) a treinta (30) salarios mínimos legales vigentes al revisor fiscal o representante legal firmante sin perjuicio del pago que deban hacer por los aportes que adeuden.** El valor de la multa en lo que respecta al Sistema General de Seguridad Social en Salud será destinado a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.” (Negrilla fuera del texto)

Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes.

2.1.1. Las multas y cláusula penal pecuniaria en el decreto-ley 222 de 1983.

El decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En los artículos 71 y 72 disponía la obligación de las entidades estatales -con algunas excepciones- de pactar la cláusula de multas y la penal pecuniaria y, además, confería la potestad de imponerlas directamente, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos legales al respecto. Estos artículos, aplicables -por cierto- al caso concreto, prescribían:

“Artículo 71. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

“Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

“En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.” (Derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993)

“**Artículo 72.** 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.” (Derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993)

De las normas transcritas se destacan tres aspectos: el *primero*, relacionado con la obligación que, expresamente, impone la ley a las entidades públicas de pactar en sus contratos administrativos la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria, con excepción, en ambos casos, del contrato de empréstito; en *segundo lugar*, son claras las normas al otorgar a las entidades públicas la potestad de imponer y hacer efectivas, directamente, las multas y la cláusula penal, facultad mediante la cual se espera que la administración alcance los fines propios del Estado. *Finalmente*, ambas normas contemplan la obligación para la entidad de aplicar estas sanciones con plena observancia del principio de proporcionalidad, condición que se erige en garantía frente del ejercicio de las actuaciones de la administración -sobre este principio se volverá más adelante-.

Advirtiéndose que en la Ley 80 de 1993 no se reguló, expresamente, la figura de la cláusula penal pecuniaria, pues, sólo en determinados apartes se hace una referencia indirecta a su existencia, es necesario tener presente que con la expedición de la Ley 1.150 de 2007, sí se prescribió con precisión esta institución. Bajo esta perspectiva, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, dispone la ley 80:

“Art.4.DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:
(...)”

“2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro **de las sanciones pecuniarias** y garantías a que hubiere lugar.” (Negrillas fuera del texto)

De igual forma, el artículo 22.1 -derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2004- señalaba:

“DE LA INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS, MULTAS Y SANCIONES DE LOS INSCRITOS. Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, **cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto**. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.” (Negrillas fuera del texto)

Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”*. Esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. El artículo prescribe:

“El debido proceso será principio 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 solo 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 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.**

“Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”
(Negrilla fuera del texto)

Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.

2.1.4. La estipulación contractual de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

Teniendo en cuenta que de conformidad con el decreto-ley 222 de 1983 -para efectos del caso concreto- las entidades públicas tenían competencia para imponer y cobrar las sanciones pecuniarias, es preciso advertir que la multa y la cláusula penal deben contemplarse en el contrato y en los pliegos de condiciones¹⁵, en cumplimiento del principio de legalidad.

En este orden de ideas, cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria utilizan una facultad de naturaleza propiamente contractual, pues ella radica, previa y necesariamente, en el contenido del contrato y de los pliegos de condiciones. Al respecto la doctrina ha señalado:

“Para nosotros la sanción debe estar prevista en el contrato, o, en su defecto, en los pliegos licitatorios que obviamente, integran a aquél. La sanción debe tener una previsión contractual o en el pliego en forma previa, ya que conforme al art. 1197 del CCiv. -que entendemos aplicable al derecho administrativo-, ‘las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma’. Es decir, *el contrato es la ley de las partes*, y aplicar una sanción que no se encuentra prevista en ‘la ley’ violaría el principio constitucional de legalidad, como el del debido proceso.”¹⁶

¹⁵ Esta afirmación se sustenta, además, en el artículo 1602 del Código Civil, el cual dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

¹⁶ FARRANDO, Ismael. Sanciones contractuales, Capítulo XXI. Parte de: Contratos administrativos. Editorial Lexis Nexis Abedoleo Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 571.

2.4. El principio de la proporcionalidad

El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en el campo contractual -como en cualquier otra área-, exige -como antes se examinó-, la concreción de diversos principios -legalidad, proporcionalidad, tipicidad de la conducta, entre otros-. Únicamente con la observancia y aplicación de cada uno de ellos puede ejercerse esta potestad, en relación con la imposición de multas o de la cláusula penal pecuniaria.

En este sentido, el análisis del principio de proporcionalidad adquiere gran importancia, para efectos de lo que se examina en el presente caso, pues, considerando que la entidad pública -Área Metropolitana de Bucaramanga- impuso e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el monto total pactado en el contrato -15% del valor total del mismo-, es necesario determinar si dicha decisión se adoptó con base en este principio, considerando, así mismo, que cumplió con los postulados de legalidad.

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-¹⁷.

¹⁷ En este sentido, el Consejo de Estado ha expresado: "La jurisprudencia colombiana se ha ocupado de conceptualizar los "principios generales del derecho", distinguiéndolos de la categoría —que ciertamente les es próxima y con la que suele equipararseles— de las "reglas generales del derecho". De este modo, en sentencia C- 083 de 1995, la Corte Constitucional expresó, en relación con aquellos:

'Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

'No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen

La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. Al respecto se ha expuesto:

“Así, la vertiente “normativa” o de mandato del principio se refiere a la puesta en práctica del mismo en actos concretos, sean individuales o generales. La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con el en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una

parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió ‘pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él’ Y añade: ‘el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor’, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador’.

“Por su parte, al referirse a las “reglas generales del derecho”, manifestó:

‘c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogia legis*, y se la contrasta con la *analogia juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

‘Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

‘Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana...’

“Siguiendo esta línea de razonamiento, el Consejo de Estado consideró que —a manera de ejemplo— ‘el llamado “principio” del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio...’ Cosa similar puede sostenerse, por tanto, respecto de la *regla general de la proporcionalidad*, prevista igualmente de manera expresa en el ordenamiento jurídico positivo en el más atrás comentado artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.” (Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006. Exp. 13.074.)

orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio *en el ejercicio de las potestades administrativas*, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas.

“En el derecho administrativo, esta vertiente del principio se manifiesta en la resolución del órgano correspondiente. La aplicación del *test* no se suele manifestar de manera expresa -como en el caso del control de proporcionalidad, que llega incluso a caracterizarse por una triple estructura- pero existen supuestos en que la normativa aplicable exige a la Administración la realización de un juicio similar al de proporcionalidad. **La expresión de este razonamiento en el seno de la resolución constituye la aplicación del principio en el ejercicio de las potestades administrativas, susceptible de ulterior control por parte de un órgano jurisdiccional (e incluso de la misma administración en vía recurso).**

(...)

“Una segunda vertiente aplicativa del principio se realiza en el momento de control del ejercicio de las potestades administrativas, y su función es radicalmente distinta aunque vinculada a la primera. El control jurídico de la actividad administrativa se caracteriza por ser una función negativa (de interdicción) que marca límites a aquella, al mismo tiempo que se encuentra mayoritariamente en manos de los Tribunales.”¹⁸ (Negrilla fuera del texto)

En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: *i)* en primer lugar, sirve de *criterio de acción*, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. *ii)* En segundo lugar, es un *criterio de control*, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio *ex-ante* y otro *ex-post*, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria.

Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria.

¹⁸ SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. El control de proporcionalidad de la actividad administrativa. Editorial Tirant lo blanch. Valencia - España, 2004. Págs. 207 y 208.

Teniendo presentes las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 30 de 2006, señaló los postulados del principio-regla de proporcionalidad, haciendo énfasis en la importancia que tiene para el ejercicio de las competencias administrativas. Esta providencia expresa:

“Cualquier definición del principio —o, siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de *la regla general*— de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo¹⁹. Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos²⁰, claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse²¹.

“En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada²². O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego²³.

“Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana²⁴, conduce a identificar dentro del mismo tres

¹⁹ BRAIBANT, Guy, «Le principe de proportionnalité», en VV.AA., *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit Public*, II, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1974, p. 298; LOPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1988, p. 117; FERNÁNDEZ FARRERES, Gabriel, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 713.

²⁰ DE LA CRUZ FERRER, Juan, «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 116, 1988, p. 101.

²¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad...*, cit., pp. 118-120.

²² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 25.

²³ DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 160.

subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el *subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija²⁵.”

La Corte Constitucional también ha establecido los elementos a tener en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad. Al respecto señala:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.²⁶”

Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

²⁴ Como ponen de presente, entre otros, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, p. 500; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25.

²⁵ Vid, entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 160-161; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad...*, cit., 120-124; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 286-288.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-421 de 2002.

Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general²⁷.

Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.

En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.

Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa.

Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él.

²⁷ En este sentido, el artículo 36 del CCA -en relación con el principio de proporcionalidad-, dispone lo siguiente: "En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa.**" (Negrilla fuera del texto)

Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias.

Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema, de manera que son esos pequeños o un poco más amplios espacios donde la proporcionalidad vuelve a tomar un impulso y allí hace su aparición una vez más.

No obstante lo anterior, tampoco se puede pensar que la proporcionalidad sólo aplica al interior de la toma de decisiones vertidas en actos administrativos -discrecionales o de otro tipo-, pues este principio también acompaña otras formas de obrar de la administración -y ya se dijo que incluso de otras ramas del poder público-, de modo que las operaciones administrativas, los hechos y otros comportamientos de la administración deben guardar respeto por este límite de la acción pública.

Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado²⁸. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual

²⁸ Al respecto ha señalado la doctrina: "Ciertamente es que todo cambia: desde el trasfondo punitivo hasta la intervención en la esfera de libertad del ciudadano. Incluso el papel del juez controlador se ve transformado, permitiendo la legislación que éste proceda a un control positivo, capaz de sustituir la decisión adoptada en primer lugar; una situación que en sede administrativa lleva al Tribunal contencioso administrativo a realizar una sustitución de la resolución administrativa en toda regla. Las diferencias saltan a la vista, hasta el punto que podría hablarse de un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito. En definitiva, resulta cuando menos problemático aplicar al control de la discrecionalidad administrativa los criterios de control de proporcionalidad ejercidos por el Tribunal contencioso en un supuesto sancionador." (SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. Ob. Cit. Págs. 257 a 258)

puede variar, en casos como el *sub iudice*, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato.

3. LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Teniendo en cuenta que el presente proceso se centra en la aplicación de la cláusula penal pecuniaria en el contrato estatal, la Sala examinará lo concerniente a esta figura jurídica, haciendo énfasis en la posibilidad que tiene el juez de graduarla.

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales²⁹; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. En cuanto a esta última institución el Consejo de Estado ha expresado:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el

²⁹ La multa contractual se prevé para el evento en que surgido un incumplimiento parcial o una mora en el cumplimiento de determinadas obligaciones que sean imputables al contratista, la entidad contratante acude a ella para efectos de constreñirlo para lograr el desarrollo del contrato. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

"El Consejo de Estado ha sido claro y reiterativo en cuanto a la finalidad pretendida con la figura jurídica de la multa, al respecto ha sentado, **"Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato.** Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse."²⁹ (Negrillas fuera del texto) (Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631)

evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”³⁰

La doctrina también se ha referido a la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“La cláusula penal es, por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesoria a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, *porque sean más firmes o mejor guardadas* las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes.”
(...)

“La cláusula penal es estipulada además con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal: es, por consiguiente, compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de éstos hacen las partes.”³¹

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: *una*, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y *otra* hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.

³⁰ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

³¹ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil - Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 505 y 508.

3.1. Graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria

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 equidad³² -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial^{33 34}-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden:

“Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

³² El principio de equidad, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se define y aplica en los siguientes términos: “(...) la equidad -al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.” (Subrayas originales) -Sentencia C-1547 de 2000-

En esta sentencia la Corte establece la equidad como un criterio auxiliar de la actividad judicial, mediante el cual es posible corregir la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador. Este análisis es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, pues con base en este mismo criterio, el juez puede modificar un acto administrativo que impone una sanción pecuniaria, para efectos de evitar una decisión “injusta”.

³³ Así lo ha definido la Constitución Política de 1991, que en su artículo 230 dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

³⁴ ENTRENA KLETT, Carlos María. La equidad y el arte de juzgar. Editorial Aranzadi, 2ª Ed. Navarra - España, 1990. Pág. 23.

“Artículo 867. 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.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.**” (Negrilla fuera del texto)

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’.

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva.
(...)

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal

deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.
(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez.”³⁵

También es preciso tomar en cuenta lo que ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado en asuntos similares al que se analiza, de manera que, a continuación, se expondrán los casos tratados por esta Corporación.

2.2.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la disminución de la cláusula penal pecuniaria.

Esta Corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo -en todas esas ocasiones- que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando -para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante.

En tal sentido, en sentencia de octubre 20 de 1995 -providencia fundadora del tema-, la Sección Tercera decidió un proceso entre la sociedad Skandia de

³⁵ CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521.

Así mismo, PHOTIER -citado por Felipe Navia Arroyo-, al exponer los cinco principios propios de la naturaleza de las obligaciones penales, expresó:

“Principio primero: ‘Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de esta entraña la nulidad de la obligación penal’.

“Principio segundo: ‘La nulidad de la obligación penal no entraña la de la primitiva’.

“Principio tercero: ‘La obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal’.

“Principio cuarto: ‘Esta pena es estipulada con la intención de indemnizar al acreedor de la inejecución de la obligación principal; es por consiguiente compensatoria de los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal’.

“Principio quinto: **‘La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva.’** (Negrilla fuera del texto) (NAVIA ARROYO, Felipe. La cláusula penal en la transacción. Parte de: Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1936-2003. Tomo II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 496.)

Seguros de Colombia SA. contra el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, sentando la siguiente tesis:

“De este modo, el Decreto 222 previó el incumplimiento del contratista como supuesto de hecho que podía dar origen a una de estas tres medidas dependiendo de la entidad de dicho incumplimiento, de las conveniencias del interés público y de la vigencia o vencimiento del término contractual: la multa y la caducidad, si el término estaba vigente; la declaración de incumplimiento si dicho plazo se había vencido, en los dos casos, seguidos de la exigencia de la cláusula penal pecuniaria que también figuraba entre las exorbitancias de los contratos celebrados por el Estado.

(...)

“4. Las consideraciones precedentes impiden la anulación del acto en virtud del cual se declaró el incumplimiento y se ordenó la cancelación de la cláusula penal pecuniaria; **sin embargo, no se puede dejar al margen la constatación de que algunas de las obligaciones contractuales fueron desarrolladas por el contratista y aceptadas por la administración;** en efecto, ya se anotó antes cómo la mayor parte de las obras contratadas fueron construidas por el contratista y recibidas por la entidad estatal mediante un acta de recibo parcial y otra de recibo final de la obra, restando solamente algunos aspectos secundarios para los cuales, según lo estimaron los expertos que rindieron su dictamen en el proceso, los dineros entregados por el Fondo resultaron insuficientes (fls. 387 y ss. del C.1), asunto éste no contradicho por la entidad pública.

(...)

“Se confirma lo anterior con la diligencia de inspección judicial practicada por el *a quo* en la cual se logra constatar que las obras se encuentran en funcionamiento; obviamente, tal inspección se practica tiempo después de la entrega de las obras pero esta circunstancia no le resta eficacia probatoria por cuanto los hechos allí relacionados encuentran soporte adicional en las actas de entregas y en el concepto pericial.

“5. En estas condiciones, la Sala encuentra que se ha configurado el supuesto fáctico para la aplicación de normas tales como el artículo 1596 del C. C. a cuyos términos:

“ ‘Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal’.

“Y el inciso final del artículo 867 del Código de Comercio prescribe:

“ ‘Cuando la prestación no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte’.

“La ley se preocupó en estos casos por salvaguardar la justicia frente a las consecuencias y efectos de la cláusula penal pecuniaria en cuanto éstos hacen alusión a la indemnización de perjuicios, pues es bien conocido que la cláusula en comento reviste además el carácter de mecanismo de persuasión al cumplimiento y de garantía de las obligaciones contractuales. En principio, entonces, ‘habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio’ (art. 1599 del C. C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su deber en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. **La excepción que -se repite- obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad.**

“6. En frente de lo dicho la Sala estima que está en presencia de uno de los casos de aplicación del artículo 170 del C. C. A. en la parte final que prescribe:

“ ‘Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas’.

“7. Por lo anterior, y sin lugar a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, se modificará su monto reduciéndolo al 20% de la sanción impuesta por la resolución número 9896 de 13 de noviembre de 1985.”³⁶ (Negrilla fuera del texto)

En el contrato analizado en la providencia anterior se había pactado una cláusula penal pecuniaria del 10% del valor total del contrato, monto total que fue impuesto por la entidad estatal. Por su parte, el Consejo de Estado disminuyó la sanción en un 20%, al considerar que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones.

En este orden de ideas, señala la providencia, en aplicación material del principio de justicia, que el juez tiene la facultad de reducir el monto de la cláusula penal, teniendo en cuenta para ello las obligaciones ejecutadas por el contratista, y aplicando los principios de equidad y proporcionalidad.

De otro lado, en la sentencia de septiembre 13 de 1999, que decidió el conflicto contractual promovido por el Consorcio Gabriel Galvis-Hazen And Sawyer en

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de octubre 20 de 1995. Exp. 7757. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

contra de la Corporación Autónoma Regional de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez - CAR-, señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Cuando las partes estipulan el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que están haciendo en la práctica y a eso enderezan su voluntad, es a liquidar preventivamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria. La importancia de incorporarla en el contrato, radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, teniendo solo la carga de la prueba del daño efectivamente causado que no alcance a cubrir la pena.
(...)

“En este orden de ideas, los perjuicios derivados del incumplimiento del demandante serían la suma de \$1'559.313 que corresponde al mayor valor que realmente tuvo que invertir la CAR para la celebración del nuevo contrato. Esta suma resulta ser inferior al valor de la cláusula penal pecuniaria (\$2.546.026), que de acuerdo con los arts. 61 y 72 de los decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 debe imputarse al valor de los perjuicios causados a la entidad contratante.

“Considera la Sala que no es procedente el reconocimiento de los perjuicios pretendidos por la entidad pública demandada, ya que en el supuesto de que el perjuicio derivado del incumplimiento hubiese sido superior al valor de la cláusula penal, ésta no acreditó dentro del proceso los conceptos y valores que tuvo que sufragar por el incumplimiento del demandante.”³⁷

Esta providencia analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduarla, pero advierte sobre la necesidad de probar los mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal.

Además -en el caso contrario-, el juez tendrá que considerar el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y que fue aceptado por la entidad, situación que admitirá la reducción de la pena establecida por la entidad.

En otra ocasión esta Sala analizó la demanda interpuesta por la Sociedad de Contratistas Suramericanos Asociados en contra del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-. Se abordó a fondo el asunto de la disminución de la cláusula penal pecuniaria, apoyándose en el principio de proporcionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora. Al respecto señaló:

³⁷ Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1999. Exp. 10.264.

“Con relación a lo alegado por la demandante en el sentido de que la sanción impuesta resulta desproporcionada con el incumplimiento que se predica, ‘teniendo en cuenta que al aplicar el poder sancionador, el Estado debe guardar una elemental proporcionalidad entre la falta que se pretende castigar y el castigo que se impone’, la Sala se detendrá en este punto para hacer las siguientes consideraciones:

“El art. 72 del decreto ley 222 de 1983 expresaba que ‘la cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato’, mientras que las multas en caso de mora o de incumplimiento parcial debían ser además proporcionales ‘a los perjuicios que sufra’ la entidad contratante (art. 71 ib.).

“Por su parte el art. 36 del c.c.a. establece que ‘en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa’ (se subraya). Ello para aclarar que así el funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado social de derecho que preconiza la Carta Política.

“Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva.

“En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares³⁸.

“Por lo anterior y de conformidad con el art. 170 del c.c.a, en cuanto permite que ‘para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en

³⁸ En sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757, la sala señaló: “(...) En principio, entonces, “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio” (art. 1599 del C.C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su debe (sic) en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que -se repite- obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad”. (La reducción proporcional de la pena tiene su fundamento en los arts. 1596 del C.C. y 867 del C. de Co.)

reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas' (se destaca), la presente sentencia reducirá en un 50% el monto de la cláusula penal pecuniaria que la entidad demandada hizo efectiva, esto es, la pena quedará en un 5% del valor del contrato, en armonía con la corrección que hizo la administración al revisar el porcentaje de las obras faltantes que corresponde a un porcentaje similar.

“Al reducir el monto de la cláusula penal pecuniaria impuesta por la resolución No. 196 del 27 de marzo de 1989, es procedente señalar que en el evento de que la entidad pública demandada haya hecho efectivo este acto administrativo en los términos del art. 64 del C.C.A., deberá restituir al demandante, la mitad de la suma por concepto de la pena impuesta, para lo cual deberá aplicar a ese valor histórico, para efectos de su actualización, el factor que resulte de dividir el índice del mes de ejecutoria de la presente sentencia por el índice de precios al consumidor del mes en que dicha pena se hizo efectiva (art. 178 c.c.a.).

“En estas condiciones, la falsa motivación que le atribuye el demandante al acto acusado está acreditada de acuerdo con los hechos probados, los cuales evidencian que si bien el incumplimiento del contrato se dió, este no lo fue en la magnitud afirmada por la administración. Deberá por tanto anularse el acto acusado y modificarse el monto de la pena pecuniaria impuesta, de acuerdo con las anteriores consideraciones.

“Se precisa en estos términos la sentencia del 20 de octubre de 1995 antes citada en cuanto no anuló las resoluciones atacadas y se limitó a modificar el monto de la cláusula penal, ya que reexaminado el asunto se advierte que la potestad conferida al juez administrativo en el artículo 170 del Código de la materia para modificar o reformar los actos cuestionados, lo es para efectos de restablecer el derecho lesionado, lo cual como es apenas obvio, supone que previamente se haya declarado la correspondiente nulidad del acto causante del agravio (art. 85 ibidem), bien por falsa motivación o por no respetar el principio de proporcionalidad, cargo este último que encajaría dentro de la causal de infracción a las normas en que debía fundarse (art. 84 ibidem), pues como se anotó antes, ese principio está recogido hoy en la legislación nacional y constituye un imperativo para la administración frente a sus decisiones de carácter discrecional (art. 36 ibidem).”³⁹

En este caso la entidad contratante impuso el 100% de la cláusula penal pecuniaria. En el análisis realizado por esta Corporación se observó que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones -con base en el informe de obras faltantes elaborado por la entidad contratante-, situación que permitió reducir el 50% del monto impuesto por este concepto, lo que significó una disminución del 10% al 5% de la sanción.

³⁹ Sección Tercera. Sentencia de marzo 9 de 2000. Exp. 10.540.

Se debe resaltar lo expuesto en la providencia en relación con la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio de la administración, pues esta potestad -que de acuerdo al Estado Social de Derecho, tiene limitaciones- puede ser valorada por el juez, quien determinará si se ajusta o no a los postulados de la justicia y la equidad, propios de las actuaciones del Estado.

Así mismo, allí se considera la posibilidad que tiene el juez de modificar, reformar o estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, en aras de restablecer el derecho particular -art. 170 del CCA.-, facultad perfectamente aplicable en los casos en que proceda la reducción de la cláusula penal pecuniaria.

Posteriormente, en providencia de octubre 28 de 2004 -analizando la apelación de un auto que libró mandamiento ejecutivo de pago-, la Sección Tercera -aunque se abstuvo de resolver de fondo la inconformidad planteada por el apelante, en cuanto al monto excesivo de la cláusula penal pecuniaria-, señaló, de nuevo, la posibilidad de aumentar o reducir la pena conforme a las condiciones fácticas en que se desarrolló el contrato, y a las pruebas aportadas por la entidad, para solicitar los perjuicios que no fueron indemnizados con la suma por ella impuesta⁴⁰.

De manera similar, el auto de noviembre 4 de 2004 -que resolvió la apelación de una providencia que improbió una conciliación-, reiteró la tesis sostenida por el Consejo de Estado en cuanto a la graduación de la cláusula penal pecuniaria, en el sentido de que el juez tiene la facultad de reducir el monto de la pena impuesta -de constatar la ejecución parcial de las obras por parte del contratista-, o decretar los mayores perjuicios irrogados por el incumplimiento y que fueron probados por la entidad. Se expone allí:

“En cuanto a la cláusula penal pecuniaria señaló que su función es sancionatoria y reparatoria de los daños que pueda sufrir por el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, y la administración puede imponerla unilateralmente, no solo porque así se encuentra previsto en el contrato, sino en ejercicio del privilegio de la decisión previa consagrado en el artículo 64 del decreto 01 de 1984.

⁴⁰ Sección Tercera. Auto de octubre 28 de 2004. Exp. 22.261.

“Respecto del argumento sobre la no proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en el artículo 1596 del código civil, recordó que en la cláusula trigésima del contrato se acordó su pago a título de pena y claramente se manifestó que la aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios si el monto de ellos fuere superior, tal como se desprende del artículo 1600 de esa misma codificación.

(...)

“ECOPETROL, MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y el señor Procurador Delegado ante el Tribunal, sostuvieron que la sanción impuesta a la compañía de seguros en el acto de declaratoria de caducidad no fue proporcional al incumplimiento real del contrato, en la medida en que si el incumplimiento ascendió al 20% no debió ordenarse hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria sino el porcentaje equivalente al incumplimiento real, por tal razón el acto estaría afectado de nulidad.

“Sin duda tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que la cláusula penal pecuniaria además de tener origen en el contrato mismo, constituye una liquidación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, de tal manera que su fuente deviene de la voluntad de las partes bien sea del contrato o de las modificaciones estipuladas a él, de este modo no podría aplicarse la cláusula penal pecuniaria si no fue pactada previamente por contravenir en principio la voluntad contractual.

“En efecto, la doctrina en relación con dicha figura ha sostenido:

‘Cláusula Penal. Para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar “ab-initio” el monto de los daños y perjuicios que representará dicho incumplimiento: La estipulación pertinente constituye lo que se denomina “cláusula penal”. Producido el incumplimiento, y constituido en mora el cocontratante, se aplica dicha cláusula penal. En lo fundamental tienen vigencia las normas y principios existentes en el derecho privado, con las salvedades propias requeridas por el derecho administrativo. En tal forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de que dispone. Por estas razones se ha sugerido que en vez de hablar de cláusula penal se habla de “indemnización convencional” (Pga.412 y 413 Tratado de Derecho Administrativo. Marienhof’

“Cuando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. **Ahora**

si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada.

(...)

“Con todo, la presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba en contrario, de modo que el contratista afectado o la Compañía de Seguros para remover dicha decisión está en condiciones de controvertir en sede judicial la sanción impuesta, bien porque el contratista se allanó a cumplir lo pactado o porque en sentir del contratista o su garante la sanción impuesta fue excesiva, no fue proporcional ni adecuada a los fines perseguidos para la cual fue instituida.

(...)

“La liquidación arrojada por ECOPETROL en los términos a que se ha hecho referencia a lo largo de este proveído, muestra que la cláusula penal pactada en principio no cubre los perjuicios causados a la entidad estatal, si se tiene en cuenta que la entidad contratante había pagado efectivamente al contratista más de lo que había recibido, pues los pagos ascendieron a la suma de US\$31.364.499,00 dólares y \$35.970.348.259,00 pesos colombianos, y además el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de ECOPETROL al recomendar la conciliación señaló que el incumplimiento real del consorcio ascendió al 46%.

“Ahora, es cierto que una cosa es el monto total de los perjuicios adeudados por el contratista con ocasión del incumplimiento del contrato y los valores adeudados arrojados en la liquidación del contrato y otra la obligación de la aseguradora y el límite de su responsabilidad que iba hasta el monto del valor asegurado, específicamente el riesgo que asumió por incumplimiento del contrato, cuyo amparo comprendía el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

(...)

“Bajo estas condiciones, resulta muy difícil en un trámite conciliatorio, aprobar una conciliación prejudicial en estos términos; habida cuenta de que este juez no tiene certeza sobre el desarrollo real del contrato, sobre los hechos de incumplimiento imputables al contratista y sobre la imposición adecuada de las sanciones. Es decir, no existen elementos de juicio que permitan inferir que el monto de la cláusula penal cobrada fue excesiva y que el acto que la impuso aparece viciado de nulidad, por el contrario el valor de la cláusula penal cobrada a la aseguradora sí resultó inferior a los perjuicios causados, es más, el cobro de la cláusula penal pecuniaria se sujetó al contenido obligacional del contrato, estuvo comprendido dentro del

amparo de cumplimiento, el cual cubriría el incumplimiento, las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria. Las partes en todo caso acordaron que el monto de la cláusula penal pecuniaria sería considerado parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

“Esto muestra que las partes pactaron la cláusula penal pecuniaria, bajo el entendido de que dicho monto cubriría parcialmente los perjuicios causados por el contratista. En todo caso, resulta imposible en este trámite conciliatorio determinar si fue inadecuada la sanción impuesta al contratista por carecer de elementos probatorios que así lo demuestren y el juez para aprobar este arreglo debe contar con elementos de juicio suficientes de modo que existan altas probabilidades de condena en contra de la administración y que la aprobación del acuerdo conciliatorio resultaría provechosa para los intereses de las partes en conflicto.”⁴¹ (Negrilla fuera del texto)

Aunque el proveído citado no graduó la cláusula penal en el asunto concreto -aduciendo falta de prueba-, se debe resaltar, de nuevo, la importancia que se le otorgó al principio de proporcionalidad, conforme al cual es perfectamente posible que el juez aumente o reduzca el monto pactado *ab-initio* como liquidación anticipada de perjuicios.

No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Auto de noviembre 4 de 2004. Exp. 24.225. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.

2.2.3. El caso concreto.

Conforme a lo anterior, se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula.

De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa.

Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada.

Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones

indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada.

En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: *i)* El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y *ii)* si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual.

Con fundamento en lo anterior la Sala analizará los hechos expuestos por las partes del proceso, empezando por lo que se encuentra probado en el mismo.

El día 18 de noviembre de 1993, el ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA y la sociedad CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA., celebraron el contrato de obra pública No. 0244 -fls. 150 a 166 cdno. ppal.-. Por la fecha de suscripción se sabe que el régimen jurídico sustantivo aplicable a ese negocio jurídico es el decreto-ley 222 de 1983.

En la cláusula décima novena de dicho contrato se estipuló la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“...En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento parcial o total del CONTRATISTA, éste pagará a El Área Metropolitana hasta una suma equivalente al quince por ciento 15% del valor del presente contrato. Este valor se imputará a los perjuicios que por tal motivo sufra El Área Metropolitana.”

Posteriormente, mediante los correspondientes actos administrativos, la entidad pública declaró el “incumplimiento total” del contrato, haciendo efectiva la cláusula penal en el monto máximo -15%-⁴².

⁴² En el expediente obran las siguientes resoluciones: Resolución 0222 de junio 28 de 1994 – fl. 75 cdno. ppal-, confirmada por las Resoluciones 0348 y 0349 de septiembre 6 de 1994 –fls. 67 y 71 cdno. ppal-, así mismo, la Resolución 0437 de noviembre 01 de 1994 –fl. 64 cdno. ppal.- mediante la cual se liquida el Contrato 0244 de 1993, acto que fue confirmado por la Resolución 0021 de enero 23 de 1995 –fl. 54 cdno. ppal.-.

También está probado mediante informe de la interventoría que el porcentaje de obra ejecutado por el contratista corresponde al 38.77% del objeto del contrato -fl. 398 cdno. ppal.-, cifra que no fue discutida por la parte demandante.

Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema.

La Sala acudirá a la regulación contenida en el art. 867 de la normatividad comercial, en consideración a que el contratista, conforme a los artículos 10⁴³ y 20.15⁴⁴ del Código de Comercio, es un comerciante, y por tanto le es aplicable lo dispuesto en el mismo.

Este criterio ya ha sido empleado por la Sala en otras ocasiones. Así, por ejemplo, señaló esta Corporación⁴⁵:

“Y si la Administración contrata con una persona particular que al hacerlo está haciendo un acto mercantil, ese contrato, en lo pertinente, se regirá por las disposiciones del Código de Comercio, tal como se desprende de su artículo 22 en armonía con el 20.

“Disposiciones que al prever tales cosas dan a entender que es este Código el que gobierna el efecto de sus obligaciones, su cumplimiento, los efectos de la mora, los perjuicios, etc., etc.

“(…)”

“Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del decreto 222 de 1983, el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el

⁴³ Dispone el art. 10: “Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

“La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.”

⁴⁴ Señala el art. 20: “Son mercantiles para todos los efectos legales: (…)

“15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones; (…)”

⁴⁵ Sección Tercera, Sentencia de mayo 13 de 1988.

régimen de su competencia y finalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.).

“En cambio, los efectos de las obligaciones en general (artículos 1601 y siguientes del C.C.), así como las reglas sobre el consentimiento, objeto y causa, se regirán por el derecho privado. En esta (sic), por ejemplo se permiten los pactos que regulan esos efectos en forma diferente, ya que frente a los mismos, en caso de silencio, la ley suplirá la voluntad de las partes.”⁴⁶.

⁴⁶ Para un caso técnicamente similar la Sala también acudió al estatuto comercial para llenar el vacío, para un caso también regido por el decreto 222 de 1983. Se trataba del pago de los intereses de mora. En esa ocasión expresó la Sección que:

“En el mes de octubre del año 2003 se unifica la posición, concluyendo la Sala, luego de una vasta exposición de motivos, que cuando se está frente a contratos estatales suscritos antes de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, en los que no se pactó la tasa de interés de mora aplicable, resulta improcedente la aplicación del numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, para liquidar el interés de mora, y, en cambio, operan las siguiente reglas:

“i) Si el contratista ostenta la condición de comerciante o la actividad que ejecuta es mercantil, se aplica la tasa regulada en el art. 884 del C. de Co⁴⁶, ii) si no ostenta la calidad de comerciante o el contrato suscrito no es mercantil, resulta aplicable el art. 1617 del Código Civil⁴⁶. Los argumentos que sustentan estas conclusiones fueron:

“a. Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo que se trate de aquéllas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o de las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, en efecto, la infracción ‘será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido’. (...)

“b. En el Decreto 222 de 1983 no se incluyó norma alguna dirigida a regular el interés moratorio aplicable en caso de retardo en el pago de las obligaciones surgidas de los contratos administrativos. Sin embargo, como lo advirtió el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de mayo de 1988 anteriormente citada, es claro que dichos contratos no se regían integralmente por las normas del decreto mencionado, el cual se limitaba a regular los aspectos tocantes con la naturaleza especial de los mismos, como lo es, por ejemplo, el ejercicio de los poderes exorbitantes que tienen las entidades estatales en el campo de la contratación pública. El tema del interés de mora constituía, entonces, simplemente, uno de los varios aspectos que, tratándose de un contrato administrativo, debía regirse por el derecho privado, en cuanto relacionado con los efectos generales de las obligaciones.

“Podían las partes, entonces, incluir en el contrato, al respecto, las estipulaciones usuales que resultaran conformes con su naturaleza y, a falta de convención expresa, debían buscarse en los códigos Civil y de Comercio las disposiciones que suplieran su voluntad: el artículo 1617 en el primero, y el 884 en el segundo. (...)

“c. La legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil. Así se desprende, por una parte, del artículo 1º del C. de Co., según el cual “[l]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas” (analogía interna), y por otra, de lo dispuesto en su artículo 2º, que remite expresamente a las normas del Código Civil, cuando se trate de cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior. De igual manera, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 822, según el cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos,

Ahora bien, considerando -conforme al artículo 867 del Código de Comercio- que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato -sólo se ejecutó el 38.77% de su alcance-, no obstante lo cual la entidad aceptó la entrega de esta parte, se deberá confirmar la decisión del *a quo*, en lo relacionado con la disminución de la cláusula penal en el 38.77%.

Por esta razón, el aspecto de la sentencia del *a quo* con el cual está inconforme la parte demandada se confirmará -esto es, la reducción del monto de la sanción-, pues los antecedentes jurisprudenciales de esta Sección, sumado a la claridad de

interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa". (Se subraya). (...)

"d. Los principios de reciprocidad y buena fe, fundados, a su vez, en los principios de justicia conmutativa, igualdad y garantía de los derechos adquiridos, rigen las relaciones contractuales, tanto de los particulares como del Estado. Al respecto, además de las importantes consideraciones contenidas en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 13 de mayo de 1988, transcritas anteriormente, resultan relevantes las siguientes observaciones presentadas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001 (...)"⁴⁶

"En la misma providencia, a las razones legales aducidas se sumaron otras de naturaleza constitucional y de ley especial, tales como:

"La referencia al citado artículo 884, en el primer evento indicado, por lo demás, no sólo resulta imperiosa en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 1, 10 y 22 del Código de Comercio antes mencionados, sino que encuentra, como se ha demostrado, fundamentos constitucionales suficientes. En la Carta Política se consagran, en efecto, los principios que, de modo imperativo, obligan a las entidades estatales a dar cumplimiento oportuno a las obligaciones que adquieren frente a los particulares, y a la reparación integral de los perjuicios causados a éstos como consecuencia del retardo, entre ellos los derivados de la imposibilidad de tener en el tiempo esperado la disponibilidad del dinero, con la consecuente pérdida de sus rendimientos y aun de su poder adquisitivo, perjuicios que resultan indemnizados, conforme a la ley, mediante el pago de los intereses de mora.

"Por otra parte, no puede olvidarse que el Decreto 01 de 1984, por el cual se expidió el C.C.A., que regula los procedimientos que deben adelantarse para el ejercicio de las funciones administrativas y para exigir su cumplimiento, previó expresamente que las entidades estatales estarían obligadas a pagar intereses moratorios comerciales, cuando incurrieran en retardo en el pago de las obligaciones de pagar las condenas que, en cantidades líquidas, les fueran impuestas mediante sentencia. Así, no existiendo norma en el Decreto 222 de 1983 que regulara expresamente el interés aplicable en caso de silencio de las partes, el recurso al Código de Comercio, tratándose de contratistas comerciantes o de operaciones mercantiles, según el caso, resultaba, además, coherente con el criterio adoptado por la ley especial respecto de otras obligaciones a cargo de las entidades estatales, que sólo se distinguían por su fuente de aquéllas surgidas como consecuencia del incumplimiento de un contrato."

"Esta posición⁴⁶, la cual se impone a la fecha, se refleja como la más razonable para ser aplicada al caso concreto, en el que las controversias giran en torno a dos contratos que se suscribieron e incumplieron en vigencia del decreto 222 de 1983, y en los que no se determinó la tasa de interés aplicable ante el incumplimiento en el pago, y donde el contratista es una sociedad comercial que, en desarrollo de los contratos objeto del litigio, ejecutó una actividad de carácter mercantil⁴⁶." (Sección Tercera. Sentencia de 18 de octubre de 2007. Exp. 15.756-.

las normas que regulan la materia, enseñan que, efectivamente, en caso de incumplimiento de un contrato, que contiene la cláusula penal, no necesariamente se debe imponer el valor total de la pena pactada, sino una suma proporcional, siempre que se hubiese ejecutado parte del contrato. El siguiente análisis de los aspectos alegados en el recurso de apelación del actor explican mejor estas ideas.

En efecto, en cuanto a lo alegado por el demandante en su recurso, en relación con la inconformidad por el hecho de que los actos administrativos declararon que se trató de un “incumplimiento total”, la Sala estima, con base en la ejecución parcial de la obra en un 38.77%, que es correcto decir -como lo hizo la entidad estatal- que se incumplió el contrato, pues los hechos muestran que el contratista no ejecutó todas sus obligaciones.

La Sala entiende que los calificativos de incumplimiento “total” o “parcial”, que usan las partes del proceso, no son necesarios para definir el derecho a cobrar la cláusula penal pecuniaria, pues lo que se debe verificar es si se cumplieron o no las obligaciones pactadas, de manera que si alguna(s) de ellas no se ejecutaron esto es suficiente para declarar el incumplimiento del contrato.

Lo que se debe analizar a continuación es si es posible graduar el monto de la pena, atendiendo al porcentaje de ejecución que haya aceptado el contratante.

Ahora bien, alega la entidad pública que el incumplimiento hizo que tuviera que adelantar otro proceso de selección para reemplazar al contratista sancionado, lo cual refleja los severos perjuicios que le trajo el comportamiento del actor. La Sala, no desconoce que teóricamente esto puede ocurrir, sin embargo no admitirá en este caso dicho análisis, por varias razones: i) porque se requiere prueba de todo esto, la cual no obra en el proceso; y ii) porque aquellos eventos en los cuales la cláusula penal no sea suficiente para cubrir los perjuicios causados, es necesario reclamarlos ante el juez, lo cual tampoco hizo la parte demandada.

En otras palabras, este no es el momento para justificar el derecho a cobrar una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al nivel de ejecución por parte del contratista incumplido, pues para ello debió iniciar un proceso o demandar en reconvencción, lo cual no se hizo.

Es así como, la Sala no le concede la razón al actor en este aspecto de la apelación, pues los actos administrativos acusados, en particular los que declararon el incumplimiento, indican en la parte motiva y en la resolutive que el contratista "incumplió totalmente" el negocio, lo cual evidencia -correctamente- que dejó de ejecutar una parte de las obligaciones, es decir, que efectivamente incumplió el contrato, sólo que aquella es pequeña, a juicio de la demandada, lo que, por cierto, no discutirá la Sala.

Este sólo hecho, pero sobre todo la circunstancia de que la entidad aceptó la parte ejecutada de la obra, conduce a confirmar la providencia apelada -que dispuso que el monto de la cláusula penal asciende a la suma de \$8'640.402,27-, pues el *a quo* consideró, acertadamente, que se debía reducir la sanción pecuniaria en el mismo porcentaje en que se ejecutó el contrato.

En conclusión, se considera que, efectivamente, el contratista incumplió el contrato -lo cual, de hecho, no discute él en su recurso de apelación, sólo que se opone a la afirmación de que el incumplimiento fue total-, de manera que la sanción aplicable era la correspondiente al porcentaje no ejecutado. Por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmense la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 5 de abril de 1999.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

MIRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ