

**LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE  
LOS CONTRATOS ESTATALES**

**DIANA YAMILE GARCÍA RODRÍGUEZ**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM  
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL  
BOGOTÁ D.C.  
AGOSTO DE 2011**

**LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE  
LOS CONTRATOS ESTATALES**

**DIANA YAMILE GARCÍA RODRÍGUEZ**

**Ensayo jurídico para la obtención del grado de  
Especialista en Contratación Estatal**

**DIRECTOR: Dr. ORLANDO RAMÍREZ GAMBOA**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM  
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL  
BOGOTÁ D.C.  
AGOSTO DE 2011**

## TABLA DE CONTENIDO

Pág.

|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN .....  | 4  |
| 1. LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....                                    | 6  |
| 1.1. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.....   | 7  |
| 1.2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL .....  | 8  |
| 1.3. SOBRE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA PACTADA EN EL CONTRATO ESTATAL..... | 10 |
| 1.4. SOBRE LA FACULTAD SANCIONATORIA QUE TIENE LA ADMINISTRACIÓN.....   | 12 |
| 1.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....  | 14 |
| 1.6. APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....                                     | 17 |
| 1.7. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15.3 DEL DECRETO 4828 DE 2008 .....   | 20 |
| CONCLUSIONES .....  | 23 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 24 |

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los contratos estatales, es indispensable el estudio de las estipulaciones contractuales contenidas con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, ya sea a través de las facultades exorbitantes que tiene la Entidad, como de las establecidas por acuerdo de voluntades como la cláusula penal, que será objeto del presente ensayo.

La cláusula penal, definida por la jurisprudencia como la estimación anticipada de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, es establecida por el acuerdo de voluntades entre las partes del contrato como una de las sanciones de tipo pecuniario con cargo a la parte incumplida. Cabe aclarar que en el caso de los contratos suscritos con una Entidad Estatal, dicha sanción solo podrá ser soportada por la parte contratista.

Teniendo en cuenta lo anterior, se piensa que al ser una estimación anticipada de perjuicios que permite eximir a la Entidad contratante de probar los mismos, existe libertad para su imposición total. Es más, existe una disposición contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, la cual prohíbe la inclusión de la cláusula de proporcionalidad dentro de las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento. Sin embargo, el artículo 867 del Código de Comercio establece la posibilidad de la aplicación de la proporcionalidad al momento de aplicar la pena en caso de presentarse un cumplimiento parcial de las obligaciones, lo que ha llevado a la jurisprudencia actual a su aplicación, acercando así a los contratos estatales cada vez más a la materialización del principio de igualdad entre las partes del contrato que rigen las relaciones del derecho privado.

Por tanto, el presente ensayo estará encaminado a demostrar la procedencia legal de aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal por parte de la entidad

contratante, en los casos en que ésta pena sea superior a los perjuicios realmente sufridos teniendo en cuenta el porcentaje incumplido por el contratista, con el fin de evitar un posible enriquecimiento sin causa que puede desprender conflictos en la vía jurisdiccional desgastantes para ambas partes del contrato.

Está dirigido para las personas que deben conocer de las controversias que se presentan por incumplimiento de los contratos estatales, y que deben tasar, imponer o controvertir los valores correspondientes a la cláusula penal que se impondrá al contratista incumplido, sin desconocer la realidad del contrato, y protegiendo los derechos a que tienen las partes dentro del contrato, incluyendo aquí a las compañías garantes.

Por último, se pretende a través del presente ensayo, mostrar una visión diferente de la concepción que se tiene generalmente de la cláusula penal, especialmente, cuando se trata de contratos con porcentajes mínimos de incumplimiento donde esta pena resulta realmente desmedida frente a los perjuicios realmente causados al contratante, y pasar así a una tasación más justa y acorde con el contrato real.

## **1. LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

En materia de contratación, y con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas dentro de un contrato, la ley ha previsto las medidas de carácter sancionatorio que se pactan de común acuerdo, contenidas en la cláusula penal pecuniaria, para que ante la eventualidad de un incumplimiento total, parcial o defectuoso de una de las partes, la parte cumplida pueda ver resarcidos los perjuicios que sufra como consecuencia del incumplimiento presentado.

En el campo de la contratación estatal, existe una historia relativamente corta frente a disposiciones que reglamentan los contratos que la administración suscribe con contratistas particulares; disposiciones que están cada día más cerca de tornarse en igualdad de condiciones con la contratación privada, como bien lo indica la Ley 80 en su artículo 13<sup>1</sup>, la contratación pública se regirá por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. Razón por la cual es indispensable conocer la legislación privada en materia de contratos por ser la fuente legal directa de las obligaciones para las partes.

El objeto del presente escrito, estará encaminado al análisis de la cláusula penal pecuniaria pactada en los contratos, sus efectos, su forma de establecer el monto, y por último, establecer la legalidad de aplicarla de forma proporcional en caso de presentarse un incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del contratista.

---

<sup>1</sup> Artículo 13, Ley 80 de 1993: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia”.

## 1.1. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

La definición de la cláusula penal desde el punto de vista legal se encuentra descrita en el artículo 1592 del Código Civil el cual indica: *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

Por otra parte, la doctrina se ha referido a la naturaleza de la cláusula penal pecuniaria, así: *“Se trata de un pacto accesorio al contrato, por el que las partes convienen preventivamente la medida del daño que habrá de liquidarse en caso de incumplimiento. Esta, al menos, es la configuración tradicional de la institución y la que la doctrina predominante considera como la que mejor corresponde a su función”<sup>2</sup>.*

Otra definición, direccionada a la contratación pública indica: *“La cláusula penal pecuniaria es la tasación anticipada de los perjuicios que se hace en el contrato, en el evento de incumplimiento del contratista. La Entidad puede hacer efectiva la cláusula penal directamente en caso de incumplimiento del contrato, incumplimiento que debe ser de tal magnitud, que causa un perjuicio a la entidad pero que no obstante no reviste la gravedad que exige el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declararle la caducidad al contratista”<sup>3</sup>.*

Así mismo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

---

<sup>2</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato: Teoría General del Contrato (trad. Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1971, pág. 197.

<sup>3</sup> PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel: La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Sexta edición, Bogotá, 2010. Pág. 464.

*“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”<sup>4</sup>.*

## **1.2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

El Decreto 222 de 1983, en su artículo 72, regulaba expresamente el tratamiento de la cláusula penal pecuniaria de una forma clara y sencilla prescribiendo:

*“Artículo 72. (Derogado por el art. 81 de la ley 80 de 1993). De la cláusula penal pecuniaria. 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”.*

Luego, con la expedición del Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, no hubo una regulación expresa de la cláusula penal. Sin embargo, en algunos artículos hizo referencia a ella de forma indirecta así:

*“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:*

*(...)*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008. M.P. Enrique Gil Botero.



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

*“Artículo 22.1 (Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2004): “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)

Por último, a través de la Ley 1150 de 2007, el legislador volvió a dar un tratamiento exclusivo al tema de las multas y la cláusula penal pecuniaria estableciendo:

*“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*Parágrafo. la cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a 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.”* (Negrillas fuera del texto).

Es así como el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, deja clara la forma en que se hará efectiva la cláusula penal pactada en los contratos estatales, como consecuencia del incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones por parte del contratista, en la que la Administración lo hará a través de un acto administrativo debidamente motivado, respetando el debido proceso al contratista y a la Aseguradora en calidad de garante de sus obligaciones. Una vez en firme el acto que declara el incumplimiento del contrato y, en consecuencia, hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, la Entidad podrá hacerla efectiva primeramente, descontando de los saldos que existan a favor del contratista, en ejercicio de la obligación legal de la compensación, si no, a través del cobro a la compañía de seguros que expidió la garantía única de cumplimiento y, por último, acudiendo al cobro coactivo que puede ejercer la Entidad.

En contratación privada, al momento de hacerse efectiva la cláusula penal, las partes seguirán las disposiciones que frente a la dicha materia existe, esto es, desde el artículo 1592 al 1601 del Código Civil y el 867 del Código de Comercio, normas que establecen la forma y el monto por el cual se calculará el valor de la cláusula penal que deberá pagar la parte incumplida a la parte que cumplió sus obligaciones contractuales.

### **1.3. SOBRE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO Y SU RELACIÓN CON LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA PACTADA EN EL CONTRATO ESTATAL**

Un aspecto de gran importancia dentro del campo de la contratación estatal, lo constituyen las garantías que deberán amparar las etapas precontractual, contractual y post contractual, asegurar a terceros de posibles daños, entre otros aspectos, dependiendo del objeto contractual en cada caso. El amparo de cumplimiento, contenido en la garantía única que deberá constituir el contratista a favor de la entidad contratante, está diseñado para asegurar el cumplimiento de

las obligaciones contractuales, así como el pago de las multas y cláusula penal pecuniaria pactadas en el mismo.

El Decreto 4828 de 2008, “*por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública*”, contiene las directrices que deberán manejarse en tema de garantías que se expidan a favor de las entidades públicas y, específicamente, se trae a colación para el presente escrito el artículo 15.3, que hace parte del capítulo II – Póliza de Seguro, Condiciones generales de las pólizas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones, el cual señala:

*“15.3 Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la "Cláusula de Proporcionalidad" u otra similar, conforme a la cual el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada.*

*La inclusión de una cláusula de ese tenor no producirá efecto alguno.”*

De conformidad con dicho artículo – que se refiere específicamente al amparo de cumplimiento - es claro que el valor asegurado contenido en el amparo, está relacionado con el valor equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, por lo que dicho impedimento de la inclusión de la cláusula de proporcionalidad está relacionado con el monto por el cual se hará efectiva la cláusula penal por causa de un incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del contratista.

Es a partir de la disposición legal transcrita que se procede a analizar, a través del presente ensayo, si dicha inaplicabilidad de la proporcionalidad - que se refiere directamente a las cláusulas de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento, pero que, indirectamente, produce un efecto inmediato en el

contrato y su cláusula penal pecuniaria al momento de hacerla efectiva - está acorde con la Constitución, la ley y los derechos que existen a favor del contratista.

#### **1.4. SOBRE LA FACULTAD SANCIONATORIA QUE TIENE LA ADMINISTRACIÓN**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 2, establece los fines esenciales del Estado, señalando el inciso 2 el consistente en asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Uno de los medios a través de los cuales el Estado podrá asegurar el cumplimiento de sus deberes sociales y la prevalencia del interés general, es la contratación estatal, y así lo ha manifestado la Corte Constitucional: *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado””*<sup>5</sup> (Subrayado fuera de texto).

En virtud de la facultad contractual que posee la Administración, la Constitución le ha permitido establecer condiciones encaminadas a lograr el cumplimiento de las

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 713 de 2009. Expediente D-7663. M.P. María Victoria Calle Correa

obligaciones pactadas en los contratos, incluidas en estipulaciones de tipo sancionatorio para que, en caso de presentarse incumplimientos por parte del contratista, éste deba resarcir a título de indemnización los perjuicios que por aquella causa se generen a la entidad, configurando de esta forma, la potestad sancionatoria de la Administración, como bien lo expresa 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.”<sup>6</sup> (Subrayado fuera de texto).*

Es así como cobra gran importancia la estipulación de cláusulas sancionatorias en los contratos, materializadas en multas y clausula penal por causa de incumplimientos contractuales pues, como bien lo indica el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, lo que significa que para poder hacer efectivas las sanciones por parte de la Administración, éstas deben estar preestablecidas primeramente en la ley y luego en las cláusulas pactadas de común acuerdo en el contrato, limitando así el poder que posee la Administración para imponer sanciones.

Dicho poder del cual goza la Administración al momento de aplicar las sanciones, deberá estar enmarcado, no solo en las disposiciones constitucionales, legales y contractuales sino, además, en los principios jurídicos, los cuales se refieren a aquellos valores que han sido traídos al derecho con el fin de convertirse en

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005. Expediente D-5637. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

parámetros que moverán las relaciones entre el Estado y los particulares, pues “*La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma.(...) No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales*”,<sup>7</sup> lo que implica la gran importancia de tener en cuenta los principios que deben dirigir la actividad sancionatoria del Estado, dentro de los cuales se encuentra el principio de *proporcionalidad* que es objeto del presente ensayo y que será explicado en párrafos posteriores.

En conclusión, la Administración, al momento de imponer sanciones a los contratistas que incumplan sus obligaciones, deberá tener en cuenta de forma conjunta, no solo las normas legales y las cláusulas establecidas en el respectivo contrato, sino que, además, está sujeta a los principios generales del derecho, los cuales serán de observancia obligatoria y determinante al momento de aplicar una disposición con miras a imponer una sanción, garantizando a todos los intervinientes en el contrato el debido proceso en toda actuación.

## **1.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Se encuentra dentro del conjunto de los principios generales del derecho, los cuales aunque no están descritos de manera positiva en la normatividad, si son aplicables de manera obligatoria, al ser vinculantes en todas las decisiones que la Administración tome en ejercicio de sus funciones.

En materia administrativa, el principio de la proporcionalidad es mencionado como instrumento de adecuación para la toma de una decisión por parte de la Administración de carácter discrecional, en el artículo 36 del Código Contencioso

---

<sup>7</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. Expediente T-778. M.P. Ciro Angarita Barón.

Administrativo, que establece: “*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*”.

Es así que la proporcionalidad deberá ser aplicada en cada una de las actuaciones de la Administración, sin ser exclusiva de determinada área del derecho como lo es el penal, que es donde más se aplica al momento de graduar la pena, como consecuencia de una infracción cometida contra una norma positiva.

La Corte Constitucional se ha pronunciado frente a dicho principio así: “*En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”<sup>8</sup> (Subrayado fuera de texto).*

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional hace referencia a la estrecha relación que guarda el principio de proporcionalidad con el de buena fe: “*Es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer.*”<sup>9</sup> (Subrayado fuera de texto).

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. Expediente D-4059. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 2006. Expediente T-1220297. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Por otro lado, la Corte Constitucional hace referencia al principio de legalidad en materia sancionatoria, requisito indispensable para proceder a su imposición, pues si la sanción a imponer no está incluida en el respectivo contrato, ni autorizada por la ley, ésta no podrá hacerse efectiva. Además, hace hincapié en la función que tiene la proporcionalidad al momento de imponer la sanción que es precisamente limitar la arbitrariedad en la que pueda incurrir la Administración: *“En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal-reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad”<sup>10</sup>* (Subrayado fuera de texto).

A pesar que en las normas referentes a la materia de contratación pública no existe un pronunciamiento directo relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de hacer efectivas las multas y la cláusula penal estipulada en el contrato estatal, su aplicación deberá ser de forma obligatoria, al constituir una garantía para el administrado, en aras de asegurar el debido proceso dentro de una actuación administrativa de naturaleza sancionatoria.

Este principio, en el campo de la contratación privada, se encuentra enunciado de forma directa y en relación con la cláusula penal estipulada en los contratos y el monto por el cual se hará efectiva en caso de un eventual incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de los contratantes. Dichas normas, civiles y comerciales, serán de obligatoria aplicación en materia de contratación pública, tal

---

<sup>10</sup> Sentencia C-564/00 expediente D-2642 Magistrado Ponente Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.



como lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. A continuación se transcriben los artículos 1596 del Código Civil y el 867 del Código de Comercio:

*“Artículo 1596 del Código Civil: Rebaja de pena por cumplimiento parcial. 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.”* (Subrayado fuera de texto).

*“Artículo 867 del Código de Comercio. Cláusula penal. 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.”* (Subrayado fuera de texto).

De las normas anteriormente transcritas, se concluye que, en los casos en que la parte contratante haya recibido y aceptado parte de las obligaciones del contrato cumplidas por el contratista, estará en la obligación legal de reducir en dicha proporción el valor de la cláusula penal pecuniaria que se impondrá al incumplido, dando así cumplimiento a los principios de proporcionalidad y de equidad que deben imperar en las relaciones contractuales por encima de cualquier acuerdo que se haga entre las partes. Normas que por disposición legal, son enteramente aplicables a la contratación estatal.

## **1.6. APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

A partir de la definición, sus efectos y la función que cumple la aplicación del principio de proporcionalidad, se procederá a analizar si dicha proporción se podrá

aplicar en la contratación estatal y específicamente en relación con la efectividad de la cláusula penal estipulada en los contratos en caso de presentarse un incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del contratista.

En el tema de contratación privada y de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, se encuentra que la efectividad proporcional de la cláusula penal es obligatoria.

El tema de la proporcionalidad de la cláusula penal en los contratos estatales ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, generando un precedente para este tema, señalando la procedencia legal de la disminución del valor de la cláusula penal por parte de la Administración, cuando se presenta un incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales.

A continuación se traen a colación algunos pronunciamientos del Consejo de Estado referentes a la procedencia de la disminución de la cláusula penal pactada en contratos estatales. En primer lugar, dicha Corporación reconoce la facultad que tiene el juez para disminuir el valor de la cláusula penal a imponer con base en el porcentaje de cumplimiento que haya logrado el contratista:

*“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”*<sup>11</sup> .

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.

En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado reconoció al contratista una disminución en el valor de la cláusula penal que se hizo efectiva con base en el incumplimiento parcial de las obligaciones presentado. Resalta así mismo la función que cumple la aplicación de la proporcionalidad, al evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte de la Administración al momento de imponer la sanción:

*“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.*

*“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 similares”<sup>12</sup> (Subrayado fuera de texto).*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 7757. Octubre 20 de 1995. C.P. Juan de Dios Montes Hernández

A partir del análisis realizado y de los pronunciamientos claros por parte del Consejo de Estado, encaminados a demostrar la procedencia de la disminución del valor de la cláusula penal estipulada en un contrato estatal, **se puede concluir que la proporcionalidad es legal y de obligatorio cumplimiento por parte de ente administrativo encargado de imponer la sanción**, pues al hacer caso omiso, dejando de tener en cuenta que parte de la obligación efectivamente fue entregada por el contratista y aceptada por la Entidad, da lugar a la Entidad para cometer cualquier tipo de arbitrariedades que pueden terminar en la configuración, incluso, de un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración.

De conformidad con lo precedentemente expuesto, es conveniente para la Administración y con el ánimo de evitar conflictos en la jurisdicción contencioso administrativa, tener en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de imponer la sanción contenida en la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato, dando cumplimiento así a los principios generales del derecho que deberán enmarcar todas las actuaciones de la Administración dentro de un estado social de derecho.

#### **1.7. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 15.3 DEL DECRETO 4828 DE 2008**

El presente análisis surge con motivo de la disposición contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, la cual prohíbe que dentro del amparo de cumplimiento de la póliza que ampara un contrato estatal, se incluya una cláusula de proporcionalidad de efectividad del amparo, de conformidad con el porcentaje de cumplimiento efectivo por parte del contratista. Dicha estipulación, a pesar de referirse al tema de la póliza, afecta directamente el tema de la cláusula penal contenida en el contrato y su efectividad.

Es por lo anterior, y con base en el análisis realizado a lo largo del presente ensayo, donde se pudo establecer que legalmente es procedente la disminución de la cláusula penal estipulada en el contrato estatal, materializando de esta forma el principio general del derecho de la proporcionalidad, a través del cual la Administración deberá ajustar la pena que se debe imponer al contratista incumplido, con los perjuicios realmente sufridos por parte de la entidad, respetando los principios de legalidad, al comprobar que efectivamente dicha sanción está estipulada en el contrato y autorizada debidamente por la ley y, en segundo lugar, en ejercicio del principio de equidad al ajustar la sanción a la realidad fáctica, cumpliendo de esta forma con los fines esenciales del Estado.

Al analizar jurídicamente la disposición contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, que inicialmente sólo se refiere al contenido de la cláusula del amparo de cumplimiento de la póliza, pero que directamente afecta la posibilidad de reducir proporcionalmente la efectividad de la cláusula penal del contrato, ante la eventualidad de un incumplimiento parcial del mismo, **se llega a la conclusión que es a todas luces contraria a la Constitución y la Ley**, pues va en contravía de la aplicación del principio general del derecho que deberá vincular a todas las actuaciones de la administración, como lo es la proporcionalidad entre la conducta y la pena a imponer, dando lugar a una violación al debido proceso de las partes intervinientes del contrato.

Aplicar una norma como la anterior, podría dar lugar a un posible enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, al permitir a la Administración hacer efectiva una pena que no está acorde con los perjuicios realmente sufridos, ni con la realidad del contrato, pues en muchos casos la Entidad ha recibido a satisfacción un gran porcentaje del objeto del contrato que no guarda proporción alguna con la pena que se impone al contratista por el incumplimiento parcial en que éste haya incurrido.

En consecuencia, la prohibición contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008 no puede ser aplicada ni puede tener efectos vinculantes para la Compañía de Seguros, ni mucho menos el contratista, pues va en contravía de los principios generales del derecho, la Constitución, la ley y el inmenso precedente que las altas cortes han señalado sobre la obligatoriedad de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa. En conclusión, es necesaria la declaración de nulidad por inconstitucionalidad<sup>13</sup> de dicha disposición reglamentaria.

---

<sup>13</sup> Constitución Política. Art. 237, numeral 2.

## CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad respecto de la sanción administrativa, implica que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

Aplicar una norma como la contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, que prohíbe la inclusión de la cláusula de proporcionalidad dentro de las condiciones generales de la póliza de garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, podría dar lugar a un posible enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, al permitir a la Administración hacer efectiva una pena que no está acorde con los perjuicios realmente sufridos, ni con la realidad del contrato, pues en muchos casos la Entidad ha recibido a satisfacción un gran porcentaje del objeto del contrato que no guarda proporción alguna con la pena que se impone al contratista por el incumplimiento parcial en que éste haya incurrido.

En consecuencia, dicha prohibición no puede ser aplicada ni puede tener efectos vinculantes para la Compañía de Seguros, ni mucho menos el contratista, pues va en contravía de los principios generales del derecho, la Constitución, la ley y el inmenso precedente que las altas cortes han señalado sobre la obligatoriedad de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES, J. L. (s.f.). El Contrato Estatal, Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- BORJA ÁVILA, R.: Estudios Jurídicos Sobre la Contratación Estatal. Grupo Editorial Ibañez. Volumen 1. Bogotá, 2009.
- Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887.
- Código de Comercio Colombiano, Decreto 410 de 1971.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 10540. Marzo 9 de 2000.
- =====, Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008. M.P. Enrique Gil Botero.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Sexta edición, Bogotá, 2010.
- PEIRANO FACIO, J: La Cláusula Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1982.



- RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, Reflexiones acerca del Principio de Proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador Colombiano. Revista estudios socio-jurídicos, Vol. 12, No. 1, Universidad del Rosario, 2010. Disponible en internet: <  
<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewArticle/1188>>

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM  
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

| No. | VARIABLES                                     | DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE   |
|-----|---|--|
| 1   | NOMBRE DEL POSTGRADO                          | Especialización en Contratación Estatal  |
| 2   | TÍTULO DEL PROYECTO                           | La Aplicación de la Proporcionalidad en la Cláusula Penal de los Contratos Estatales   |
| 3   | AUTOR(es)                                     | Diana Yamile García Rodríguez  |
| 4   | AÑO Y MES                                     | 2011 - Septiembre  |
| 5   | NOMBRE DEL ASESOR(a)                          | Orlando Ramírez Gamboa   |
| 6   | DESCRIPCIÓN O ABSTRACT                        | <p>Se pretende a través del presente ensayo, resaltar la importancia del principio de la proporcionalidad en las actuaciones de la administración en materia sancionatoria y, mostrar una visión diferente de la concepción que se tiene de la cláusula penal, especialmente, cuando se trata de contratos con porcentajes mínimos de incumplimiento donde esta pena resulta realmente desmedida frente a los perjuicios realmente causados al contratante, y pasar así a una tasación más justa y acorde con el contrato real.</p> <p>Por otro lado, se demostrará la improcedencia de la aplicación de la norma contenida en el artículo 15.3 del decreto 4828 de 2008, la cual prohíbe la inclusión de la proporcionalidad en el clausulado de las pólizas de cumplimiento, siendo ésta inconstitucional.</p> <p>It is intended through this trial highlight the importance of the principle of proportionality in the administration's actions and punitive action, show a different view of the conception we have of the penalty, especially when it comes to contracts minimum percentages of non-compliance where this is really excessive punishment against the harm actually caused to the contractor, and skip a fairer pricing and consistent with the actual contract.</p> <p>On the other hand, demonstrate the inappropriateness of applying the rule contained in Article 15.3 of Decree 4828 of 2008, which prohibits the inclusion of proportionality in the clauses of compliance policies, and this is unconstitutional.</p>  |
| 7   | PALABRAS CLAVES                               | Proporcionalidad, Cláusula Penal, Incumplimiento, Contrato, Estatal  |
| 8   | SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO | Sector Financiero y Asegurador   |
| 9   | TIPO DE ESTUDIO                               | Ensayo Jurídico  |
| 10  | OBJETIVO GENERAL                              | El presente trabajo analizará la procedencia de la efectividad de la cláusula penal de los contratos estatales en forma proporcional al porcentaje de incumplimiento del contrato.   |
| 11  | OBJETIVOS ESPECÍFICOS                         | 1. Este ensayo tratará el tema de la efectividad de la cláusula penal en los contratos estatales, definida jurisprudencialmente, como la estimación anticipada de los perjuicios, sus principales características, semejanzas y diferencias con el derecho privado. 2. Específicamente, se enfocará en el estudio de la posibilidad de la efectividad de la cláusula penal contenida en los contratos estatales, de forma proporcional de conformidad con lo establecido en el artículo 867 del código de comercio. 3. Por último, se pretenderá analizar el tema de la proporcionalidad de la cláusula penal en los eventos en que las entidades pretendan cobrarla a través la Compañía de Seguros con cargo a la póliza de cumplimiento expedida.   |
| 12  | RESUMEN GENERAL                               | <p>En el ámbito de los contratos estatales, es indispensable el estudio de las estipulaciones contractuales contenidas con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, ya sea a través de las facultades exorbitantes que tiene la Entidad, como de las establecidas por acuerdo de voluntades como la cláusula penal, que será objeto del presente ensayo.</p> <p>La cláusula penal, definida por la jurisprudencia como la estimación anticipada de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, es establecida por el acuerdo de voluntades entre las partes del contrato como una de las sanciones de tipo pecuniario con cargo a la parte incumplida. Cabe aclarar que en el caso de los contratos suscritos con una Entidad Estatal, dicha sanción solo podrá ser soportada por la parte contratista.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, se piensa que al ser una estimación anticipada de perjuicios que permite eximir a la Entidad contratante de probar los mismos, existe libertad para su imposición total. Es más, existe una disposición contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, la cual prohíbe la inclusión de la cláusula de proporcionalidad dentro de las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento. Sin embargo, el artículo 867 del Código de Comercio establece la posibilidad de la aplicación de la proporcionalidad al momento de aplicar la pena en caso de presentarse un cumplimiento parcial de las obligaciones, lo que ha llevado a la jurisprudencia actual a su aplicación, acercando así a los contratos estatales cada vez más a la materialización del principio de igualdad entre las partes del contrato que rigen las relaciones del derecho privado.</p> <p>Por tanto, el presente ensayo estará encaminado a demostrar la procedencia legal de aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal por parte de la entidad contratante, en los casos en que ésta pena sea superior a los perjuicios realmente sufridos teniendo en cuenta el porcentaje incumplido por el contratista, con el fin de evitar un posible enriquecimiento sin causa que puede desprender conflictos en la vía jurisdiccional desgastantes para ambas partes del contrato.</p> <p>Está dirigido para las personas que deben conocer de las controversias que se presentan por incumplimiento de los contratos estatales, y que deben tasar, imponer o controvertir los valores correspondientes a la cláusula penal que se impondrá al contratista incumplido, sin desconocer la realidad del contrato, y protegiendo los derechos a que tienen las partes dentro del contrato, incluyendo aquí a las compañías garantes.</p> <p>Por último, se pretende a través del presente ensayo, mostrar una visión diferente de la concepción que se tiene generalmente de la cláusula penal, especialmente, cuando se trata de contratos con porcentajes mínimos de incumplimiento donde esta pena resulta realmente desmedida frente a los perjuicios realmente causados al contratante, y pasar así a una tasación más justa y acorde con el contrato real.</p> |
| 13  | CONCLUSIONES.                                 | <p>El principio de proporcionalidad respecto de la sanción administrativa, implica que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.</p> <p>Aplicar una norma como la contenida en el artículo 15.3 del Decreto 4828 de 2008, que prohíbe la inclusión de la cláusula de proporcionalidad dentro de las condiciones generales de la póliza de garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, podría dar lugar a un posible enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, al permitir a la Administración hacer efectiva una pena que no está acorde con los perjuicios realmente sufridos, ni con la realidad del contrato, pues en muchos casos la Entidad ha recibido a satisfacción un gran porcentaje del objeto del contrato que no guarda proporción alguna con la pena que se impone al contratista por el incumplimiento parcial en que éste haya incurrido.</p> <p>En consecuencia, dicha prohibición no puede ser aplicada ni puede tener efectos vinculantes para la Compañía de Seguros, ni mucho menos el contratista, pues va en contravía de los principios generales del derecho, la Constitución, la ley y el inmenso precedente que las altas cortes han señalado sobre la obligatoriedad de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa.</p>   |

|    |                        |  |
|----|------------------------|--|
| 14 | FUENTES BIBLIOGRÁFICAS | <p>BENAVIDES, J. L. (s.f.). El Contrato Estatal, Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.</p> <p>BORJA ÁVILA, R.: Estudios Jurídicos Sobre la Contratación Estatal. Grupo Editorial Ibañez. Volumen 1. Bogotá, 2009.</p> <p>Código Civil Colombiano, Ley 57 de 1887.</p> <p>Código de Comercio Colombiano, Decreto 410 de 1971.</p> <p>Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 10540. Marzo 9 de 2000.</p> <p>Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008. M.P. Enrique Gil Botero.</p> <p>Constitución Política de Colombia de 1991.</p> <p>PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Sexta edición, Bogotá, 2010.</p> <p>PEIRANO FACIO, J.: La Cláusula Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1982.</p> <p>RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, Reflexiones acerca del Principio de Proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador Colombiano. Revista estudios socio-jurídicos, Vol. 12, No. 1, Universidad del Rosario, 2010. Disponible en internet: &lt;<br/> <a href="http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewArticle/1188">http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewArticle/1188</a>&gt;</p> |
|----|------------------------|--|

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA