

**ACCIÓN DE NULIDAD / ASUNTOS CONTRACTUALES / REGLAMENTACIÓN SOBRE CONTRATOS / RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / RECONOCIMIENTO DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / PRUEBA DEL SINIESTRO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO**

[R]esulta necesario analizar si, en el presente caso, al establecer el Decreto 4828 de 2008 el deber de las entidades de cuantificar el monto de los perjuicios o de las pérdidas para efectos de hacer efectivas las garantías de cumplimiento de los contratos estatales, cuando no se haya pactado cláusula penal pecuniaria en ellos, incurrió el gobierno nacional en el referido vicio, por haber creado una facultad excepcional no existente en la ley. [...] [S]e concluye, sin hesitación alguna, que el hecho de cuantificar el valor de la pérdida o el monto de los perjuicios en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro, no constituye el ejercicio de una facultad excepcional por parte de la entidad estatal que pretende hacer efectiva la garantía de cumplimiento de un contrato, contenida en una póliza de seguro, y así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación, toda vez que ello hace parte de la mecánica propia de la reclamación que debe efectuar el beneficiario de la misma, tal y como lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio [...]. Si las normas de derecho privado que regulan la reclamación del beneficiario particular ante la aseguradora, establecen que aquel debe demostrar con la misma, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, no encuentra la Sala razón alguna para sostener que, siendo la beneficiaria del seguro -constitutivo de la garantía de cumplimiento del contrato estatal-, una entidad pública, no pueda ella efectuar dicha cuantificación en el acto administrativo que la ley le permite expedir para declarar la ocurrencia del siniestro. Lo anterior no constituye una arbitrariedad de la administración ni una actuación ajena a la que llevaría a cabo un particular en las mismas condiciones, pues, como éste, la entidad está en el deber de fundamentar y probar en debida forma la existencia del siniestro declarado y la cuantificación de los perjuicios; y la única diferencia radica en que, mientras la aseguradora puede objetar la reclamación del particular, cuando se trate del acto administrativo proferido por una entidad estatal, deberá proceder a impugnarlo en sede administrativa y/o judicialmente, para demostrar las razones que, a su juicio, excluyen su obligación indemnizatoria.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 4828 DE 2008 - ARTÍCULO 14

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la reclamación que debe efectuar el beneficiario de una póliza de seguro, en caso de siniestro, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2012, rad. 19519, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 26 de noviembre de 2015, rad. 53914, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 5 de diciembre de 2016, rad. 35057, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; y sentencia del 30 de noviembre de 2017, rad. 39285, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

**COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA / SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA / ACCIÓN DE NULIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO**

La Sala conoce en única instancia del presente asunto, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999 de la Corporación, por tratarse de una demanda formulada el 12 de marzo de 2009, en ejercicio de la acción de simple

nulidad, contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 128 NUMERAL 1

### **FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / LÍMITES DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

En relación con la potestad reglamentaria del presidente, ha dicho la jurisprudencia [...] que en la medida en que el ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley, rebasa los límites de la misma, estará incurriendo en falta de competencia, por invadir el ámbito de decisión del legislador, y el acto en que así actúe, estará viciado de nulidad [...].

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la potestad reglamentaria del presidente, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2018, rad. 43479, C. P. María Adriana Marín.

### **CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL**

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales, al celebrar un contrato, entre otras cosas, pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; dispone también que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión, y que estas cláusulas excepcionales, se podrán pactar en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Contrario sensu, de acuerdo con el párrafo de esta norma, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo -contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra-, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales. Dice la norma, que en los casos previstos en ese numeral 2º, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14

### **CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / ILEGALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO**

[L]a jurisprudencia ha entendido que existen unos contratos estatales en los que la inclusión de las facultades excepcionales es obligatoria, otros en los que pueden ser pactadas, algunos en los que están prohibidas expresamente, y en cuanto al

resto de contratos no mencionados en la norma, concluyó que, en ellos, tampoco son pertinentes tales cláusulas, pues por tratarse de facultades excepcionales, deben ser expresamente atribuidas por la ley a las entidades estatales [...]. Y como corolario de lo anterior, en la referida providencia se sostuvo que adolecen de nulidad absoluta las cláusulas excepcionales que se pactan en los contratos estatales en los que no está permitida la inclusión de tales cláusulas, así como las que disponen para su ejercicio causales distintas de aquellas que la ley establece, y que son nulos los actos administrativos a través de los cuales se ejerce alguna de tales potestades excepcionales con violación del debido proceso o en oportunidad posterior a la finalización del contrato o del término previsto para su ejecución.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las facultades excepcionales en los contratos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2014, rad. 32611, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 9 de julio de 2014, rad. 33831, C. P. Hernán Andrade Rincón (e).

### **RELACIÓN CONTRACTUAL / FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL**

Tratándose de potestades que le han sido atribuidas a la administración para que ésta las ejerza unilateralmente en sus relaciones contractuales, no hay duda de que corresponden a nuevas facultades excepcionales, lo que viene a corroborar la norma general en materia de competencia de las entidades estatales, en el sentido de que todas las potestades que ejerzan y todas las actuaciones unilaterales que adelanten y todas las decisiones que tomen mediante actos administrativos, deben tener su fundamento en una norma legal que expresamente les haya atribuido la facultad para obrar en tal sentido. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección, ha considerado que las otras decisiones unilaterales que las entidades pueden tomar en el ámbito de la ejecución de los contratos estatales, a pesar de no estar consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también hacen parte de las facultades exorbitantes que les han sido atribuidas [...]. En consonancia con lo anterior, se observa que, entre las nuevas facultades excepcionales otorgadas por la Ley 1150 de 2007, se encuentra, como se acaba de ver, la de hacer efectiva directa y unilateralmente, la cláusula penal pactada, mediante la declaratoria de incumplimiento del contrato, que puede proferir la administración para tal fin, y la aplicación de los mecanismos necesarios para la obtención de su pago, entre los cuales se halla el cobro de la respectiva garantía.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 1150 DE 2007

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las decisiones unilaterales que la administración puede tomar en el ámbito de la ejecución de los contratos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, rad. 36252, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

### **CONTRATO / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO**

Mediante el contrato, como acuerdo de voluntades generador de obligaciones, una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa –art. 1495,

C.C.-; cuando se trata de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo –arts. 1496, 1497 y 1498, C.C.-, se generan obligaciones recíprocas entre las partes [...].

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1495 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1496 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1497 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1498

### **FINALIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO**

Es bien sabido que los contratos estatales son un medio del que se valen las entidades públicas para la obtención de bienes, obras y servicios, que se requieren para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos –art. 3, Ley 80 de 1993-, y, como todo contrato, son acuerdos de voluntades generadores de obligaciones, de los que surgen prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, tendientes a satisfacer las aspiraciones que las llevaron a celebrar el respectivo negocio jurídico: el objeto contractual, para la entidad, y el precio, para el contratista.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 3

### **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

Ahora bien, como lo tiene establecido el Código Civil –art. 1602, C.C.-, el contrato es ley para las partes, quienes deben ejecutarlo en la forma y términos pactados, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad contractual, con la consecuente indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y el lucro cesante, que provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su incumplimiento –art. 1613, C.C.-.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1613

### **CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO**

[E]n los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento. En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso. La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a

la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la cláusula penal pecuniaria del contrato, cita las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencia del 22 de noviembre de 1989, rad. 5253 (acumulado 5298), C. P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 13 de noviembre de 2008, rad. 17009, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia del 30 de noviembre de 2017, rad. 39285, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia del 4 de noviembre de 2004, rad. 24225, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; y sentencia del 29 de noviembre de 2017, rad. 34800, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

### **GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CLASES DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL**

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la efectividad de las garantías de los contratos estatales que han sido constituidas en la modalidad de pólizas de seguro –sin duda, las más usuales y frecuentes-, mediante providencias en las que se ha dado cuenta de la naturaleza de estas últimas, aclarando que, si bien corresponden a contratos de seguro, no se rigen íntegramente por las normas del Código de Comercio que contienen la regulación de esa clase de contrato, sino que están sometidas a un régimen mixto, en el que participan algunas normas del régimen privado y así mismo, normas de derecho público, específicas para aquellas pólizas de seguro que constituyen garantías de contratos estatales

### **CONTRATO DE SEGURO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO**

La principal diferencia que se advierte entre los contratos de seguro regidos íntegramente por las normas del Código de Comercio y aquellos que fungen como garantías de un contrato estatal, radica en la competencia legal que tiene la entidad contratante para declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo debidamente motivado, que, como tal, está investido de la presunción de legalidad, y es ejecutivo y ejecutorio. Al contrario, los particulares asegurados y/o beneficiarios, una vez se produce el siniestro, deben formular una reclamación ante la aseguradora, que puede ser objetada de manera seria y fundada por esta última, caso en el cual la respectiva póliza carecerá de carácter ejecutivo y deberá el interesado proceder a demandar, para probar ante el juez la existencia del siniestro y la extensión de los perjuicios reclamados.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre efectividad de las garantías de los contratos estatales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, rad. 14583 y 13599, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 5 de junio de 2007, rad. 30565, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 14667, C. P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 19 de agosto de 2009, rad. 21432, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 12 de julio de 2012, rad. 19519, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 22 de mayo de 2013, rad. 24810, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz; sentencia del 29 de noviembre de 2017, rad. 30613, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 4828 DE 2008 (24 de diciembre)  
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - ARTÍCULO 14 (No anulada)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SALA PLENA**

**Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600)**

**Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

**Demandado: NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD (SENTENCIA)**

En consideración a que la ponencia presentada inicialmente fue derrotada en sesión del 19 de septiembre de 2018 (f. 196), procede la Sala a decidir en única instancia la acción de simple nulidad ejercida contra apartes del artículo 14 del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, expedido por el presidente de la República de Colombia.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La parte actora demandó parcialmente el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, por considerar que en esta norma se atribuyó de manera ilegal a las entidades estatales la facultad excepcional de calcular unilateralmente el monto de los perjuicios sufridos con el incumplimiento del contrato por parte de sus contratistas.

**ANTECEDENTES**

**La demanda.**

El 12 de marzo de 2009, en ejercicio de la acción de nulidad, el señor Martín

Bermúdez Muñoz presentó demanda en contra de la Nación-Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, en la cual solicitó que se declare la nulidad de los apartes “... o a cuantificar ...” y “... cuantificar el monto ...”, del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008.

### **Normas violadas y concepto de la violación**

El demandante adujo que con la norma impugnada se violaron los artículos 113, 150 último inciso, 189 numeral 11 y 228 de la Constitución Política; el numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Se refirió en primer término, a la naturaleza de la cláusula penal consagrada en el artículo 1592 del Código Civil, que puede ser pura o sancionatoria, o impura, impropia o simplemente indemnizatoria. Sostuvo que en los contratos entre particulares se pacta normalmente la cláusula penal pura o sancionatoria, y en ellos se estipula que el cobro de la cláusula penal no impedirá que el acreedor demande los perjuicios sufridos por el retardo o por el incumplimiento, acogiendo la opción prevista en el artículo 1600 del Código Civil. Agregó que *“La naturaleza puramente sancionatoria de esta estipulación, desvinculada totalmente de la noción de reparación de perjuicios, se refleja en la disposición del artículo 1.599 del Código Civil de acuerdo con el cual “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”.*

Explicó que los apartes de la disposición demandada son ilegales, por cuanto a través de ellos se confirió a las entidades estatales una potestad excepcional que no les fue otorgada ni por la Ley 80 de 1993 ni por la Ley 1150 de 2007, y que comprende el ejercicio de competencias que sólo pueden ser ejercidas por el juez del contrato.

Manifestó que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 estableció la facultad excepcional de las entidades estatales de declarar el incumplimiento del contrato para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pactada, pero la ley no les otorgó a las entidades contratantes la facultad de establecer el monto de los

perjuicios sufridos como consecuencia de tal incumplimiento, por lo que ellas están obligadas a acudir al juez del contrato y demostrar tanto la existencia de los perjuicios como su cuantía.

Sostuvo que *“En el acto de declaratoria de caducidad o en aquel que declare el incumplimiento del contrato, la entidad contratante debe hacer efectiva la cláusula penal lo cual le permitirá cobrar el valor pactado en la misma. Lo que no puede hacer, en ninguno de tales eventos, es cuantificar o determinar el valor de los perjuicios que adicionalmente pretenda imputarle al contratista como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones”*.

Y agregó que en los contratos estatales en los que se haya pactado la cláusula penal *punitiva* como potestad excepcional, las entidades contratantes, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, tienen competencia para i) hacer efectiva la cláusula penal al momento de declarar la caducidad del contrato y para ii) declarar el incumplimiento del contrato con el *exclusivo propósito de hacer efectiva la cláusula penal*. En tales casos, si la entidad considera que el incumplimiento del contratista le causó perjuicios, está obligada a demandarlo y a demostrar en juicio la existencia de los perjuicios y su monto.

Afirmó así mismo, que cuando en el contrato no se ha estipulado *cláusula penal* como potestad excepcional de la entidad contratante, ésta no tiene la facultad de declarar el incumplimiento del contrato ni de cuantificar el *monto de la pérdida*, a pesar de lo cual, en la norma demandada, el ejecutivo estableció como facultad de las entidades contratantes, la de determinar en un acto administrativo el monto del perjuicio o de la pérdida, tanto en el caso de declaratoria de caducidad como en la declaratoria de incumplimiento del contrato y para aquellos eventos en los que se hubiese pactado la cláusula penal, como para aquellos en los que no lo fue. Y al hacerlo, obró por fuera de las competencias propias de la potestad reglamentaria, y le confirió a una de las partes, facultades jurisdiccionales que sólo pueden ser ejercidas por el juez del contrato.

### **Solicitud de suspensión provisional**

Con la demanda se pidió la suspensión provisional de la disposición impugnada, con fundamento en que la simple confrontación del contenido de los apartes de la norma demandada con las disposiciones constitucionales y legales invocadas

como fundamento de la acción, permitía determinar su manifiesta infracción y la procedencia de la suspensión solicitada.

### **Trámite procesal**

Mediante auto del 27 de mayo de 2009, se admitió la demanda, se ordenó notificar personalmente al ministro del Interior y de Justicia, al ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director del Departamento Nacional de Planeación, así como al agente del Ministerio Público y se negó la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado, por cuanto se consideró que *“(...) para deducir la legalidad o ilegalidad de la norma demandada, se requiere de un estudio que sobrepasa la simple confrontación normativa (prima facie), que sólo es posible efectuarlo después de un análisis integral y profundo del contenido total del acto demandado, con el contenido total del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que se dice vulnerado, así como del artículo 7º de la misma ley que se está reglamentando y de otras disposiciones contenidas en la ley y el Decreto Reglamentario que tienen relación directa con el tema”*<sup>1</sup> (f. 37).

### **La contestación de la demanda.**

El Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior y de Justicia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestaron la demanda en idénticos términos y se opusieron a las pretensiones, por considerar que la norma demandada corresponde a la reglamentación del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, que hace parte de la regulación de las garantías en la contratación estatal, las cuales tienen una naturaleza especial en este ámbito. Sostuvo que el decreto reglamentario demandado define el procedimiento que debe seguirse para establecer el incumplimiento acaecido, en un marco de respecto al debido proceso y que en ese orden de ideas, *“(...) dada la ‘ejecutabilidad’ que tienen por naturaleza los actos administrativos, resulta ser una exigencia obvia la cuantificación del perjuicio o de la pérdida, sin lo cual no estaría establecido el monto del incumplimiento. Como es evidente, sin esta precisión no podría ni ejecutarse el acto al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 C.C.A, ni mucho menos procederse a acudir al juez natural del contrato, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en caso de que el garante no se avenga a lo dispuesto en el acto administrativo. (...) es evidente que los partes (sic)*

---

<sup>1</sup> Providencia confirmada mediante auto del 25 de noviembre de 2009 (f. 63).

*demandados del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, no establecen un poder exorbitante, no exceden el ámbito reglamentario que se fijó en la ley y que responden a la definición de los instrumentos que tienen las entidades estatales para hacer efectivas las garantías que amparan las obligaciones que surgen de la actividad contractual (...)*” (f. 86, 100 y 113).

### **Alegatos de conclusión**

Mediante providencia del 13 de agosto de 2010, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión (f. 133).

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos expuestos en sus anteriores intervenciones (f. 134, 158 y 164). La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, por considerar que el ejecutivo actuó por fuera del marco legal, al disponer que para la efectividad de las garantías, podía la entidad estatal cuantificar perjuicios o pérdidas, pues con ello creó una facultad excepcional que no consagró el legislador, *“toda vez que la estimación de perjuicios no puede ser efectuada motu proprio por ninguno de los co-contratantes”*, la regla general es que la efectúa el juez y por excepción, lo consagra la ley o las partes convencionalmente en la cláusula penal (f. 141).

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia del Consejo de Estado.**

La Sala conoce en única instancia del presente asunto, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.º 58 de 1999 de la Corporación<sup>2</sup>, por tratarse de una demanda formulada el 12 de marzo de 2009, en ejercicio de la acción de simple nulidad, contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

### **El acto acusado.**

---

<sup>2</sup> Vigente para la fecha de presentación de la demanda, fl. 64 cuaderno 1.

La parte actora pide que se declare la nulidad de los siguientes apartes subrayados y resaltados del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008:

**DECRETO 4828 DE 2008**

**(diciembre 24)**

**por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.**

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,**

**en ejercicio de sus facultades constitucionales y, en especial, de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007,**

**DECRETA:**

(...)

**CAPITULO I**

**Disposiciones generales**

(...)

**Artículo 14.** *Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:*

14.1 *En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal **o a cuantificar el monto del perjuicio** y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

14.2 *En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

14.3 *En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a **cuantificar el monto de la pérdida o a** hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo*

*constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.*

## **La potestad reglamentaria del presidente de la República**

El demandante adujo que el presidente de la República, con la expedición de la norma parcialmente demandada, desbordó su potestad reglamentaria, pues estableció una competencia a favor de las entidades estatales, que no fue prevista por el legislador y que, adicionalmente, comporta el ejercicio de facultades jurisdiccionales, al disponer que las entidades estatales, al proferir el acto en el que declaran la caducidad o el incumplimiento del contrato, deben proceder a cuantificar el monto del perjuicio o de la pérdida.

Se aclara que el estudio de legalidad que se llevará a cabo respecto de los apartes demandados del Decreto 4828 de 2008, se hará a la luz de las normas legales vigentes al momento de su expedición, toda vez que, con posterioridad, el legislador consagró expresamente la facultad de las entidades estatales de cuantificar el monto del perjuicio, cuando declaren el incumplimiento para imponer las respectivas sanciones<sup>3</sup>.

En relación con la potestad reglamentaria del presidente, ha dicho la jurisprudencia<sup>4</sup>:

*En razón de la generalidad que revisten las normas legales expedidas por el Congreso de la República y demás normas con fuerza de ley, en la mayoría de los casos resulta imposible ejecutarlas de manera directa, en la forma en*

---

<sup>3</sup> El denominado “Estatuto Anticorrupción”, contenido en la Ley 1474 de 2011, estableció en su artículo 86: **“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...) // c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia (...)*” (las negrillas son de la Sala).

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de septiembre de 2018, expediente 43479.

que fueron expedidas, pues es infrecuente que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. Por lo tanto, es necesario establecer los mecanismos, procedimientos y medios para hacer ejecutables dichas disposiciones. Por ello, la Constitución Política le atribuyó al presidente de la República la potestad de reglamentar la ley, lo cual no es otra cosa que “precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar necesarias para su cumplimiento”<sup>5</sup>.

La potestad de reglamentación, entonces, consiste en la expedición de disposiciones que, como la ley reglamentada, son de carácter general, impersonal y abstracto, y se hallan enmarcadas dentro de los precisos límites impuestos por las normas que se pretende hacer ejecutables a través del correspondiente decreto reglamentario, lo que significa que, a través del mismo, no puede modificarse la norma legal objeto de reglamentación, para aumentar o restringir su alcance o para variar su contenido, y mucho menos, para contradecirlo o desconocerlo. Es decir que so pretexto de reglamentar la ley, el presidente de la República no puede agregarle ni recortarle nada, debiéndose limitar a desarrollar sus disposiciones, para efectos de hacerlas aplicables a las circunstancias concretas que correspondan a las hipótesis contempladas en ellas, garantizando de esta manera que las consecuencias concebidas en la ley, se produzcan.

Esta facultad constitucional del primer mandatario, no está sujeta a que la ley disponga su intervención ni a término alguno, sino que es permanente, frente a todas las leyes –formal y materialmente-, y sólo está limitada por la necesidad real que exista de reglamentarlas, para lograr su cumplida ejecución. En consecuencia, la extensión de dicha facultad, es inversamente proporcional al grado de detalle que tenga la ley, pues entre menos minuciosa y explícita sea ésta, mayor será el contenido de los decretos que la reglamenten. Y contrario sensu, cuando la ley sea más detallada y precisa, menor será la necesidad de la reglamentación. Pero en todo caso, la existencia previa de una regulación legal, es requisito sine qua non para el ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre y cuando no se trate de materias reservadas exclusivamente al legislador, respecto de las cuales se haya restringido la actuación regulatoria del ejecutivo.

En relación con la potestad reglamentaria, ha dicho la Corte Constitucional<sup>6</sup>:

(...) la jurisprudencia de esta Corporación al referirse al sentido y alcance de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 Superior, ha indicado que debe ejercerse “por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, **los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley**”. Del mismo modo, “la competencia reglamentaria se dirige a la **producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad “el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”**. La potestad reglamentaria se conecta, en consecuencia, con la expedición de normas de carácter general - sean ellas decretos, resoluciones o circulares - imprescindibles “para la cumplida ejecución de la ley”<sup>7</sup>. Así, en sentencia C-1005 de 2008 la Corte estimó:

**“Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues**

<sup>5</sup> [7] “Berrocal Guerrero, Luis Enrique, “Manual del Acto Administrativo”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 7ª ed., 2016, p. 257”.

<sup>6</sup> [8] “Corte Constitucional, sentencia C-219 del 19 de abril de 2017, M.P. (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo”.

<sup>7</sup> [9] “[54] “Sentencia C-1005 de 2008”.

**con ello estaría excediendo sus atribuciones.** Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior<sup>8</sup>.

8.- Lo dicho enlaza con la idea según la cual la extensión de la potestad radicada en cabeza del Ejecutivo por el artículo 189 numeral 11, depende de la forma, así como del detalle, con que la Ley reguló los temas correspondientes. Precisamente aquí se acentúa que **la facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley. El objeto de la potestad reglamentaria consiste, entonces, en contribuir a la concreción de la ley y se encuentra, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador<sup>9</sup>** (destaca la Sala).

Esta Corporación también ha reconocido a los organismos y a las autoridades que siguen en la jerarquía administrativa al Presidente de la República, tales como Ministerios<sup>10</sup>, Departamentos Administrativos, Superintendencias, entre otras, cierta competencia regulativa, de carácter residual y accesorio, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general<sup>11</sup>. De esta manera, para la Corte mientras al Presidente le pertenece emitir criterios para la debida observancia de la voluntad legislativa, los demás órganos subordinados deben, a su turno, expedir la regulación “necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida”<sup>12</sup>.

Respecto a esto último la Corte ha puesto de presente la imposibilidad de que el legislador prevea en forma detallada las materias que le corresponde reglar, y es por eso que, en principio, lo establecido en la ley es prescrito de modo general y orientador, siendo la administración a quien corresponde, de acuerdo con las circunstancias de orden fáctico y técnico, regular el detalle de las correspondientes materias<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> [10] “[55] “Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999”.

<sup>9</sup> [11] “[56] “Ibíd. Cfr., también, Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 1997”.

<sup>10</sup> [12] “[57] “En sentencia C-1005 de 2008 la Corte precisó que: “la tarea de los Ministerios consiste en desarrollar funciones previamente determinadas en la Legislación y en el Reglamento por lo que en relación con la posibilidad de regulación que les asiste, su competencia es de orden residual y sus atribuciones de regulación ostentan un carácter subordinado a la potestad reglamentaria del Presidente de la República así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad”.

<sup>11</sup> [13] “[58] “Según el Consejo de Estado, “el Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D. C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096”.

<sup>12</sup> [14] “[59] “Corte Constitucional. Sentencia C-917 de 2002”.

<sup>13</sup> [15] “[60] “Sentencia C-734 de 2003”.

Es claro entonces, que en la medida en que el ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley, rebase los límites de la misma, estará incurriendo en falta de competencia, por invadir el ámbito de decisión del legislador, y el acto en que así actúe, estará viciado de nulidad, por lo cual resulta necesario analizar si, en el presente caso, al establecer el Decreto 4828 de 2008 el deber de las entidades de cuantificar el monto de los perjuicios o de las pérdidas para efectos de hacer efectivas las garantías de cumplimiento de los contratos estatales, cuando no se haya pactado cláusula penal pecuniaria en ellos, incurrió el gobierno nacional en el referido vicio, por haber creado una facultad excepcional no existente en la ley.

Al respecto, considera la Sala que para la resolución de la presente controversia, se deben distinguir dos aspectos de la contratación, como son: i) las facultades excepcionales de las entidades estatales, por un lado, y ii) las garantías de los contratos estatales, por el otro, ya que la demanda se refiere a las primeras, cuando afirma que, mediante la norma demandada, el gobierno nacional creó una facultad excepcional que no existe en la ley, consistente en la posibilidad de la entidad contratante de calcular el monto de los perjuicios o las pérdidas, cuando lo cierto es que –dice el demandante- la Ley 1150 de 2007 consagró la facultad de declarar el incumplimiento de los contratos pero solo para efectos de hacer efectiva la cláusula penal que se hubiera pactado, pero no para que la entidad pudiera calcular unilateralmente los perjuicios sufridos con ocasión del referido incumplimiento contractual, bien cuando declara éste, o cuando declara la caducidad del contrato.

Pero por otro lado, el Decreto parcialmente demandado, 4828 de 2008, contiene el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, tal como reza su encabezado y dice que fue expedido en virtud de las facultades concedidas por el artículo 7 de 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”*–, norma que se refiere a las garantías en la contratación estatal y regula lo concerniente a la garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

En consecuencia, resulta necesario desbrozar estos aspectos, que, aunque íntimamente unidos, en cuanto pertenecen al contrato estatal, son independientes y tienen sus propias características.

## Las facultades excepcionales

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales, al celebrar un contrato, entre otras cosas, pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; dispone también que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión, y que estas cláusulas excepcionales, se podrán pactar en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

*Contrario sensu*, de acuerdo con el párrafo de esta norma, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo -contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra-, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales. Dice la norma, que en los casos previstos en ese numeral 2º, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, en relación con las facultades excepcionales que finalmente quedaron plasmadas en su artículo 14, se dijo<sup>14</sup>:

### *b) Cláusulas excepcionales al Derecho Común*

*No obstante, ser el contrato estatal "un verdadero contrato" y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles", la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica "determina una posición también especial de las partes*

---

<sup>14</sup> Gaceta del Congreso No. 75, del 23 de septiembre de 1992.

*contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles".*

*Entonces, los muy especiales fines que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan de alguna manera su actuar contractual. El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales.*

*Sigue siendo el acuerdo voluntario de las partes la ley reguladora máxima: las estipulaciones hechas en los contratos deben obligar por igual a la administración pública como al particular contratista. Pero "la diferencia entre unos y otros, en este aspecto, reside en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada".*

*En acatamiento a esa postura el artículo 14 consagra los casos en que se prescindirá de la estipulación de las cláusulas excepcionales. Merece destacarse entre tales eventos que no se incluirán tales cláusulas "en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las actividades estatales que no correspondan a los señalados en el inciso segundo del presente numeral, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas". Se trata, entonces, de aquellos contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública. Si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, éstas no constituyen funciones estatales strictu sensu. Los fines "específicos" del Estado no son civiles, comerciales o industriales, científicos o tecnológicos; estos últimos no constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente implican o representan actividades propias de los particulares. Pues bien, no se incluirán las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos relacionados con las actividades civiles, comerciales o industriales del Estado, tales como la mayoría de los contratos regulados por el Código Civil o Código de Comercio (comodato, transporte, cuenta corriente, corretaje, etc.) (...).*

*Cada una de estas prerrogativas significa exactamente lo que su nombre indica. Las circunstancias que las producen deben ser excepcionales o las previstas en la propia ley; los motivos deben ser graves ya que no cualquier hecho puede provocarlos; y además los motivos graves lo son por su inconveniencia para el interés público (Arts. 15, 16 y 17).*

*El grave inconveniente para el interés público que sustenta y condiciona la aplicación de la cláusula excepcional, encuentra en el reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.*

*No resultaría equitativo que la aplicación de una medida de esta naturaleza, se convierta en causa de enriquecimiento en beneficio del Estado. Además, de la garantía comentada referente al mantenimiento de la ecuación o equilibrio contractual, la administración al decidirse por uno de estos mecanismos, debe*

*hacerlo a través de un acto administrativo suficientemente motivado. Sólo así se podrán exigir las responsabilidades que la propia ley contempla para el efecto (...).*

De conformidad con la redacción final de la norma, la jurisprudencia ha entendido que existen unos contratos estatales en los que la inclusión de las facultades excepcionales es obligatoria, otros en los que pueden ser pactadas, algunos en los que están prohibidas expresamente, y en cuanto al resto de contratos no mencionados en la norma, concluyó que, en ellos, tampoco son pertinentes tales cláusulas, pues por tratarse de facultades excepcionales, deben ser expresamente atribuidas por la ley a las entidades estatales:

*Con apoyo en esta disposición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido cuatro grupos de contratos en relación con las cláusulas excepcionales: i) aquellos en los cuales las cláusulas excepcionales son obligatorias y se entienden pactadas. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal; ii) los contratos en los cuales es opcional el pacto de cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro; iii) aquellos contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la respectiva cláusula. A este grupo pertenecen los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las actividades señaladas en el grupo a que se refiere el i) anterior, así como los que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y los contratos de seguro tomados por las entidades estatales; y iv) Los contratos en que no está permitido pactar cláusulas excepcionales. Este grupo está integrado por todos aquellos contratos en que la Ley no haya dispuesto o permitido el pacto de tal cláusula o potestad excepcional.<sup>15</sup>*

Y como corolario de lo anterior, en la referida providencia se sostuvo que adolecen de nulidad absoluta las cláusulas excepcionales que se pactan en los contratos estatales en los que no está permitida la inclusión de tales cláusulas, así como las que disponen para su ejercicio causales distintas de aquellas que la ley establece, y que son nulos los actos administrativos a través de los cuales se ejerce alguna de tales potestades excepcionales con violación del debido proceso o en

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente 32611, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 33831, C.P. (E): Hernán Andrade Rincón.

oportunidad posterior a la finalización del contrato o del término previsto para su ejecución.

Se observa que, posteriormente, el legislador volvió a consagrar la facultad de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas que se hayan pactado en sus contratos con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, así como la de declarar el incumplimiento del contrato, para efectos del cobro de la cláusula penal pecuniaria, estableciendo que las entidades pueden hacer efectivas estas decisiones directamente, acudiendo al mecanismo de la compensación de las sumas adeudadas al contratista, o al cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva –art. 17, Ley 1150 de 2007-.

Tratándose de potestades que le han sido atribuidas a la administración para que ésta las ejerza unilateralmente en sus relaciones contractuales, no hay duda de que corresponden a nuevas facultades excepcionales, lo que viene a corroborar la norma general en materia de competencia de las entidades estatales, en el sentido de que todas las potestades que ejerzan y todas las actuaciones unilaterales que adelanten y todas las decisiones que tomen mediante actos administrativos, deben tener su fundamento en una norma legal que expresamente les haya atribuido la facultad para obrar en tal sentido.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección, ha considerado que las otras decisiones unilaterales que las entidades pueden tomar en el ámbito de la ejecución de los contratos estatales, a pesar de no estar consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también hacen parte de las facultades exorbitantes que les han sido atribuidas:

*(...) para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal.*

*Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los “poderes excepcionales” con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.”<sup>16</sup>.*

En consonancia con lo anterior, se observa que, entre las nuevas facultades excepcionales otorgadas por la Ley 1150 de 2007, se encuentra, como se acaba de ver, la de hacer efectiva directa y unilateralmente, la cláusula penal pactada, mediante la declaratoria de incumplimiento del contrato, que puede proferir la administración para tal fin, y la aplicación de los mecanismos necesarios para la obtención de su pago, entre los cuales se halla el cobro de la respectiva garantía.

Y precisamente en este punto, resulta necesario estudiar cuál es el origen de las garantías de los contratos estatales, como medios para preservar el patrimonio de las entidades públicas, que se ve afectado ante al incumplimiento de las obligaciones por parte de sus contratistas, teniendo en cuenta que, la disposición demandada, hace parte del decreto por medio del cual “se expide el régimen de garantías en la contratación de la administración pública”.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

## El incumplimiento contractual

Mediante el contrato, como acuerdo de voluntades generador de obligaciones, una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa –art. 1495, C.C.-; cuando se trata de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo –arts. 1496, 1497 y 1498, C.C.-, se generan obligaciones recíprocas entre las partes, como suele ocurrir en los contratos estatales, que según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son “(...) *todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”.

Es bien sabido que los contratos estatales son un medio del que se valen las entidades públicas para la obtención de bienes, obras y servicios, que se requieren para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos –art. 3, Ley 80 de 1993-, y, como todo contrato, son acuerdos de voluntades generadores de obligaciones, de los que surgen prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, tendientes a satisfacer las aspiraciones que las llevaron a celebrar el respectivo negocio jurídico: el objeto contractual, para la entidad, y el precio, para el contratista.

En relación con la finalidad de los contratos estatales, ha dicho la doctrina que “(...) *el motivo determinante es el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación del contrato. La finalidad, como elemento del contrato administrativo, consiste en el fin último que se persigue con él, esto es, el interés público, que no es genérico, ya que varía de uno a otro contrato según el fin particular a que responde cada uno, conforme a la ley*”<sup>17</sup>.

Y es precisamente esa finalidad de satisfacción del interés general, que está inmersa en toda contratación del Estado, la que, de manera directa o indirecta, se encuentra en juego en los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, que por lo tanto están interesadas en lograr la obtención del bien, obra o servicio de que se trate el respectivo contrato.

---

<sup>17</sup> Bercaitz Miguel Ángel, “*Teoría General de los Contratos Administrativos*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1980, pg. 292.

Ahora bien, como lo tiene establecido el Código Civil –art. 1602, C.C.-<sup>18</sup>, el contrato es ley para las partes, quienes deben ejecutarlo en la forma y términos pactados, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad contractual, con la consecuente indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y el lucro cesante, que provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su incumplimiento –art. 1613, C.C.-.

En palabras de la doctrina, “(...) *la verdad es que los acreedores ex contractu tienen tres opciones: la de pedir la ejecución coactiva, o la de solicitar la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o la de pedir esta indemnización independientemente, cuando la ejecución ya no les interese o se haya hecho imposible por culpa del deudor, o cuando la resolución del contrato no les reporte otro beneficio que el de poder enervar las acciones en su contra*”<sup>19</sup>.

Es claro entonces, que la principal consecuencia del incumplimiento contractual, que recae sobre la parte incumplida –más allá del cumplimiento compulsivo de la obligación al que se ve expuesta, o de la resolución del contrato, a elección del acreedor-, es el surgimiento del deber de indemnizar los perjuicios ocasionados a su co-contratante, quien deberá acudir al juez del contrato para que éste determine la existencia del alegado incumplimiento y la extensión y monto de los perjuicios a que haya lugar a condenar.

*El incumplimiento, como hecho contrario a derecho, que no la resolución, genera la obligación de indemnizar el consiguiente perjuicio, en la medida en que lo haya efectivamente causado, de conformidad con las reglas del derecho de daños y la responsabilidad contractual. Precisión conceptual indispensable y que ha de tenerse presente para no asimilar resolución y responsabilidad, que aun cuando pueden coincidir cronológicamente, lógica y funcionalmente se mantienen diferenciadas. Así, el contratante insatisfecho cuyo interés resultó lesionado por el comportamiento indebido de su contraparte, puede cobrarle a esta todos los quebrantos padecidos*<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Se recuerda que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a los contratos estatales les son aplicables las normas de derecho privado –disposiciones civiles y comerciales pertinentes-, salvo las materias expresamente reguladas en la referida ley.

<sup>19</sup> Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis S.A., 6ª ed. actualizada, 2000, pg. 553.

<sup>20</sup> Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2015, pg. 922.

Es decir que, independientemente de que el acreedor persista o no en la ejecución, por parte del deudor incumplido, de la obligación debida, “[e]n materia contractual, el deudor está obligado al pago de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, como una consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se debe indemnizar el daño que se ha causado y el beneficio de que se le ha privado, producto de la inejecución de la obligación”<sup>21</sup>. Y como lo explica el mismo autor:

*Al no existir responsabilidad sin daño, por cuanto se trata fundamentalmente de una reparación, es necesario que exista algo que reparar. La acción para ello, está en manos de un individuo determinado, éste no puede reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya sufrido personalmente, aparte por supuesto de que opere la representación. En otras palabras, ‘donde no hay interés, no hay acción’; todo con la salvedad, de que es posible convencionalmente que se acepte anticipadamente una indemnización por el mero incumplimiento de la obligación, como en la cláusula penal<sup>22</sup>. (las subrayas son de la Sala).*

### **La cláusula penal pecuniaria**

Desde sus orígenes en el derecho romano, la *stipulatio poenae* fue concebida como una obligación de pagar una *pena* en caso de que otra obligación fuera incumplida, y tuvo una función originalmente represiva –punitiva-, en tanto se dirigía a sancionar cualquier incumplimiento del deudor, con independencia de la idea de si éste había causado o no un perjuicio al acreedor, pero que, con el tiempo, fue adoptando una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados para el acreedor, a partir del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.

Fue Pothier quien analizó de manera completa y sistemática esta institución, estableciendo cinco principios que reflejan la naturaleza de la cláusula penal, conclusiones que, junto con la antigua legislación española –las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio y el Fuero Real-, sirvieron de fundamento a las normas que regularon la cláusula penal del Código Civil chileno redactado por el señor Bello, que coinciden con el colombiano y que, en palabras de la doctrina, “pareciera como si, en principio, el señor BELLO se hubiese inclinado por la tesis del carácter netamente compensatorio de perjuicios de este pacto accesorio, minimizando, por

---

<sup>21</sup> Salinas Ugarte, Gastón, “Responsabilidad civil contractual”, Tomo I, Abeledo Perrot, 1ª ed., 2011, pg. 302.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pg. 302 y 303.

*no decir excluyendo, toda idea de pena privada*<sup>23</sup>. Los cinco principios planteados por Pothier, fueron:

#### PRINCIPIO PRIMERO

*339. Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de ella entraña la nulidad de la obligación penal. La razón está en que es de la naturaleza de las cosas el no poder subsistir sin la cosa principal (...).*

#### PRINCIPIO SEGUNDO

*341. La nulidad de la obligación penal no entraña la de la obligación primitiva. La razón está en que en rigor, lo accesorio no puede subsistir sin lo principal; mas lo principal no depende del accesorio y puede subsistir sin él (...).*

#### PRINCIPIO TERCERO

*342. La obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal (...).*

#### CUARTO PRINCIPIO

*343. 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

*346. La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva (...)*<sup>24</sup>.

Y como lo reconoce el profesor Navia Arroyo, que sostiene una posición contraria, “una mayoría abrumadora de la doctrina” extranjera<sup>25</sup> y nacional<sup>26</sup> está de acuerdo con estas ideas de Pothier, y coinciden en la consideración de que la cláusula penal es un avalúo anticipado y convencional de los perjuicios por incumplimiento o mora contractual, es decir “(...) una de las maneras que contempla la ley para estimar los daños, que vendría a agregarse a la estimación judicial (arts. 1608 a 1616 C.C.) y a la estimación legal (art. 1617 C.C.) de los mismos”<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Navia Arroyo Felipe, “La cláusula penal en la transacción”, en: “Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa”, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, pg. 487.

<sup>24</sup> Pothier, R. J., “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1978, pg. 207 a 212.

<sup>25</sup> Alfredo Barros Errásuriz; Arturo Alessandri Rodríguez; Ramón Mesa Barros; Jacques Flour y Jean-Luc Aubert; Philippe Malaurie y Laurent Aynes; Henri, León y Jean Mazeaud; Francois Chabas; Boris Starck, Jean Carbonnier; Lèon Julliot de la Morandière; Alex Weill y Francois Terre.

<sup>26</sup> Jorge Cubides Camacho, Guillermo Ospina Fernández y Fernando Hinestrosa.

<sup>27</sup> Navia Arroyo, Felipe, ob. cit., pg. 498 y 499.

En el ordenamiento jurídico nacional, las normas de derecho privado que se refieren a la cláusula penal, se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. El primero, establece:

*Art. 1592- 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 su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone:

*Art. 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 (...).*

Sobre la naturaleza de la cláusula penal, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*Entendida pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato<sup>28</sup>.*

En reciente providencia, la Sala de Casación Civil recalcó la naturaleza polifuncional de la cláusula penal, en cuanto puede tener diversas finalidades<sup>29</sup>:

*(...) en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios*

---

<sup>28</sup> Sentencia del 23 de mayo de 1996, expediente 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.

(...)

Esta Corporación en sentencia SC, 7 oct. 1976, G.J. t. CLII, n.º 2393, págs. 446-447, acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la aludida estipulación contractual, expuso:

«[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley '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' (Art. 1592 del C.C). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;

[...] Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

[...] Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).

Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que 'si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal'. (Art. 1596 del CC)».

Como se advierte, la cláusula penal pecuniaria, si bien puede constituir, cuando así expresamente se pacta, la conminación al cumplimiento bajo amenaza de pena, mayormente corresponde a la previsión convencional de las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento:

*Puede suceder que los contratantes se interesen en la previsión de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato que han celebrado, cuestión que es posible mediante la inserción de una cláusula penal en el contrato.*

*Generalmente, esa cláusula comporta una estimación anticipada de los perjuicios que ocasionaría el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, pero también puede ir más allá de la mera estimación de los perjuicios e implicar una conminación al cumplimiento (...).*

*Al momento de celebrar el contrato mercantil, observamos un doble efecto en la cláusula penal: uno “valorativo”, pues las partes realizan una evaluación anticipada del perjuicio que ocasionará el incumplimiento; y un efecto “persuasivo”, pues con tal valoración se supone que inducirá a las partes al cumplimiento de sus obligaciones dentro del término concedido en el mismo contrato.*

*Una vez se produce el incumplimiento contractual, podemos observar en la cláusula penal otros efectos importantes, pues en ese momento la cláusula desempeña por lo general una función “indemnizatoria”, pues se resarcirá con ella el perjuicio que ha ocasionado el incumplimiento; pero también, en ciertas ocasiones en las cuales así lo estipulan expresamente los contratantes, cumplirá una función punitiva, pudiendo exigirse el pago de la pena, independiente de la indemnización de perjuicios a que haya lugar<sup>30</sup>.*

En materia de contratación estatal, se observa que en los estatutos que la regularon en el pasado, el legislador previó la inclusión en los contratos administrativos, de una cláusula penal pecuniaria, con una connotación indemnizatoria, más que punitiva, frente al incumplimiento contractual. Al respecto, el artículo 72 del Decreto-Ley 222 de 1983, disponía:

*Art. 72. 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.*

Y el artículo 73 del mismo estatuto, establecía que la entidad podía tomar el valor de la cláusula penal directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva.

---

<sup>30</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto, “Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil”, Legis Editores S.A., 13ª ed., 2012, pg. 145 y 150.

El entendimiento jurisprudencial de esta disposición ha sido entonces, principalmente, el de que se trata del cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad se derivan del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, por lo que una vez éste se presenta, la entidad puede, o bien declarar la caducidad del contrato, si el mismo se halla vigente, o declarar el incumplimiento del mismo, si ya había vencido su plazo, y en ambos casos, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada:

*Se entiende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en el caso sub iudice, porque el art. 72 corrobora la afirmación precedente, al disponer que 'se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento' y porque, además, 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'. (Decreto 222 de 1983).*

*Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el solo incumplimiento en los eventos del antecitado art. 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula, tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral<sup>31</sup>.*

Se advierte entonces, que, frente a las situaciones de incumplimiento contractual en materia de contratos de la administración pública, en el anterior estatuto de contratación estatal, contenido en el Decreto-Ley 222 de 1983, se contemplaba la facultad exorbitante de la entidad contratante de declarar la caducidad del contrato cuando el mismo se hallaba en ejecución, *“si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que*

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expedientes 5253 y 5298, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. *“La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula (...):”* sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 12342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; *“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 (...):”* sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. *“Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de apremio o punitiva”:* Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad”* (literal f) del artículo 62). Pero así mismo, se consagró la posibilidad de la entidad para, una vez vencido el contrato, declarar su incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual también era de forzosa estipulación en el contrato administrativo (arts. 60 y 72)<sup>32</sup>.

Posteriormente, el nuevo estatuto de contratación estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, en relación con las situaciones de incumplimiento del contratista, consagró la facultad excepcional de la entidad estatal, de declarar la caducidad del contrato –art. 18-, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, por medio de acto administrativo debidamente motivado, a través del cual lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Decisión que, así mismo, es constitutiva del siniestro de incumplimiento, según reza la referida norma.

La Ley 80 de 1993 no consagró la competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento de los contratos una vez terminados, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, como tampoco estableció la obligatoriedad de pactar esta última en ellos, como no lo hizo tampoco con la antigua facultad de pactar e imponer multas unilateralmente, como medio para constreñir al contratista a la correcta ejecución del contrato.

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

**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*

---

<sup>32</sup> Además de la cláusula de multas en caso de mora o incumplimiento parcial, que era de forzosa estipulación en los contratos –artículos 60 y 71 del Decreto-Ley 222 de 1983- y que le permitía a la entidad su imposición unilateral mediante resolución motivada.

*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.*

A partir de esta disposición, al lado de la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, surge también la posibilidad de la entidad contratante de declarar su incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, lo que puede hacer directamente la entidad, mediante la compensación con las sumas debidas al contratista, el cobro de la garantía correspondiente, o ejecutivamente para obtener su pago.

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

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.

La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa<sup>33</sup> y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años:

*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 (...).*

*Esta providencia<sup>34</sup> 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<sup>35</sup>.*

En otra ocasión, sostuvo:

*27. Sobre tales pretensiones, advierte la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, cualquiera de las partes de un contrato puede pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas, de tal manera que bien podía la entidad contratante demandar para obtener una declaratoria judicial de incumplimiento contractual, con la consecuente pretensión*

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expediente 5253 (acumulado 5298), C.P. Carlos Betancur Jaramillo, ya citada.

<sup>34</sup> Se refiera a: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 septiembre de 1999, exp. 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. Reiterada en Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se sostuvo que “(...) la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual. (...) En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales”.

*indemnizatoria, posibilidad que conservan aún en aquellos eventos en los que les es atribuida la competencia para declararlo unilateralmente para los efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, cuando consideren que el monto de los perjuicios es superior a su valor, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia:*

*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<sup>36,37</sup>*

Se observa así, que la ley contempla facultades excepcionales en materia de contratación a favor de las entidades estatales, que pueden ser ejercidas cuando el contratista incumple sus obligaciones: imponer multas unilateralmente, declarar la caducidad del contrato, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, todas estas acciones, que puede adelantar directamente la entidad, mediante la expedición de actos administrativos, es decir sin acudir al juez del contrato.

### **La garantía de cumplimiento del contrato estatal**

Como ya se dijo, el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, puede acarrear perjuicios para la entidad contratante, que se hallará entonces legitimada para reclamar su indemnización de parte del contratista.

Para efectos de brindar certeza a la administración sobre la obtención de dicha indemnización de perjuicios en caso de que el contratista incumpla sus obligaciones, el legislador le ha impuesto a este último, el deber de constituir a favor de la entidad contratante la garantía única de cumplimiento, con lo cual se traslada a un tercero, la obligación de concurrir al pago de la referida indemnización de perjuicios, en caso de que se produzca el incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, “La

---

<sup>36</sup> [21] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de noviembre de 2004, expediente 24225, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de noviembre de 2017, expediente 34800, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

*garantía de cumplimiento del contrato estatal mediante la cual la compañía se seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador en virtud de la celebración de un contrato tienen carácter indemnizatorio pues su finalidad como ya se dijo es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista y de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido” (Las subrayas son del texto original)<sup>38</sup>.*

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagró el principio de economía en materia de contratación estatal y en virtud del mismo, dispuso en su numeral 19:

*19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

*Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*

*La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.*

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros (...).*

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el anterior numeral y dispuso, en su artículo 7º:

**Artículo 7º.** *De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.*

*El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los*

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

*contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.*

*El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.*

*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.*

*Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.*

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la efectividad de las garantías de los contratos estatales que han sido constituidas en la modalidad de pólizas de seguro –sin duda, las más usuales y frecuentes–, mediante providencias en las que se ha dado cuenta de la naturaleza de estas últimas, aclarando que, si bien corresponden a contratos de seguro, no se rigen íntegramente por las normas del Código de Comercio que contienen la regulación de esa clase de contrato, sino que están sometidas a un régimen mixto, en el que participan algunas normas del régimen privado y así mismo, normas de derecho público, específicas para aquellas pólizas de seguro que constituyen garantías de contratos estatales:

*(...) se observa que los contratos de seguro que celebran los contratistas de la Administración con las aseguradoras legalmente autorizadas para funcionar en el país, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos estatales, se rigen, no solamente por las normas del Código de Comercio, sino también por las normas del Estatuto de Contratación Estatal que se refieren expresamente a tales garantías, así como a las normas que lo reglamenten y complementen.*

*La Ley 80 de 1993, regula aspectos relativos no sólo al contrato de seguro que debe celebrar su contratista para garantizar el cumplimiento del contrato estatal, sino también normas sobre la forma de hacer efectiva la indemnización derivada de ese contrato de seguro:*

**3.2.1.** *Sobre el primer aspecto, se observa que el artículo 25, numeral 19 de la mencionada ley, establece la obligación de los proponentes, en los procesos de selección de contratistas, de prestar garantía de seriedad de sus ofertas y la obligación de los contratistas de la Administración, de prestar una garantía única de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, garantías éstas, que*

podrán consistir en una póliza de seguro expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en el país.

En relación con la garantía de cumplimiento, la norma prescribe que la misma **se entenderá vigente** hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos, y que, tratándose de pólizas, las mismas **no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral**, disposiciones éstas, que resultan ajenas a los contratos de seguro regulados por el Código de Comercio.

Y el Decreto 679 de 1994, que reglamentó entre otros, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, definió (art. 16) cuál es el objeto de la garantía única de cumplimiento, qué riesgos –que deben corresponder a obligaciones y prestaciones del respectivo contrato garantizado- debe cubrir, y cuál es la extensión mínima de los amparos que debe contener, desde el punto de vista de su valor y de su vigencia (art. 17), para que la entidad contratante, encargada de aprobarla, pueda admitir esa garantía como suficiente (art. 18); por otra parte, también dispuso este decreto, que, cuando la garantía única no se pague voluntariamente, continuará haciéndose efectiva a través de la jurisdicción coactiva, con sujeción a las disposiciones legales<sup>39</sup>.

**3.2.2.** Por otra parte, y en cuanto a la forma de hacer efectiva la indemnización correspondiente, se tiene que, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que se refiere a la facultad de la Administración de declarar la caducidad de los contratos estatales frente al incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del contratista, establece que esta declaración debe hacerse mediante **acto administrativo** debidamente motivado, declaratoria que, además, dispone esta norma, **será constitutiva del siniestro de incumplimiento**.

Se advierte entonces, del análisis de las anteriores normas de Derecho Público, que el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, no es igual al que se puede celebrar para el amparo de otra clase de obligaciones, que existan a favor de particulares, que se sujetará, en su integridad, a las normas del Código de Comercio<sup>40</sup>.

La principal diferencia que se advierte entre los contratos de seguro regidos íntegramente por las normas del Código de Comercio y aquellos que fungen como garantías de un contrato estatal, radica en la competencia legal que tiene la entidad contratante para declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo debidamente motivado<sup>41</sup>, que, como tal, está investido de la presunción de legalidad, y es ejecutivo y ejecutorio.

---

<sup>39</sup> [4] “La frase “jurisdicción coactiva” fue declarada nula por esta Sección, en Sentencia del 24 de agosto de 2000, Expediente 11.318, por cuanto la Sala encontró que el Gobierno Nacional rebasó los límites de la potestad reglamentaria y vulneró lo estipulado en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que le atribuyó la competencia a esta jurisdicción, para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento”.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, expediente 30565, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>41</sup> Criterio que ha sido aceptado mayoritariamente por la jurisprudencia de la Sección. Al respecto, se pueden consultar, entre otras: sentencias del 14 de abril de 2005, expedientes 14583 y 13599, M.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 5 de junio

Al contrario, los particulares asegurados y/o beneficiarios, una vez se produce el siniestro, deben formular una reclamación ante la aseguradora, que puede ser objetada de manera seria y fundada por esta última, caso en el cual la respectiva póliza carecerá de carácter ejecutivo<sup>42</sup> y deberá el interesado proceder a demandar, para probar ante el juez la existencia del siniestro y la extensión de los perjuicios reclamados.

Ahora bien, se observa que de acuerdo con el estatuto comercial, una vez se presenta el siniestro –que corresponde a la concreción del riesgo asegurado, art. 1072-, el asegurado o beneficiario está en la obligación de dar noticia al asegurador dentro de los 3 días siguientes –art. 1075- y debe presentar la respectiva reclamación, acompañada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio –art. 1053-.

El artículo 1077 mencionado, dispone:

*Art. 1077.- Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

*El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. (Las subrayas son de la Sala).*

Por su parte, el artículo 1080 del C. de Co., establece que el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, y en caso contrario, se verá obligado a pagar intereses moratorios.

---

de 2007, expediente 30565, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 21432, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 19519, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección C, sentencia del 22 de mayo de 2013, expediente 24810, C.P. Olga Valle de De la Hoz; Subsección B, sentencia del 29 de noviembre de 2017, expediente 30613, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Actualmente, la ley contempla expresamente esa facultad (art. 7, Ley 1150 de 2007).

<sup>42</sup> El artículo 1053 del C. de Co. establece: “La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: // 1º) En los seguros dotales (...); // 2º) En los seguros de vida (...) y // 3º) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

En relación con la obligación contenida en el inciso primero del artículo 1077, ha dicho la más autorizada doctrina nacional:

1. **Fundamento.**- *No se trata, como es obvio, de una carga peculiar al contrato de seguro. "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (C.C., art. 1757). Lo único peculiar al seguro es el hecho de donde deriva la obligación del asegurador y, por tanto, el derecho del asegurado o beneficiario, esto es, el siniestro, cuya prueba, aun en defecto de norma específica, debe correr a cargo de quien invoca, a su favor, la obligación del asegurador, a la cual da origen la realización del riesgo (C. de Co., art. 1054).*

(...)

2. **La cuantía de la pérdida.**- *Pero el asegurado debe demostrar, además, "la cuantía de la pérdida, si fuere el caso" (art. 1077, inc. 1º). Cabe, por tanto, examinar esta carga en función de las distintas clases de seguros y de sus modalidades específicas. No sin una advertencia previa: la de que la cuantía de la pérdida envuelve, de una parte el concepto de entidad y, de otra, el de magnitud económica del daño asegurado. La entidad dice relación a la incidencia del siniestro sobre el interés asegurado que puede traducirse en su pérdida total o en su pérdida parcial y que, en esta hipótesis, puede ser de la mitad, de la tercera, de la cuarta parte, etc. La magnitud económica, estrechamente vinculada, como es obvio, a la entidad del daño, es la expresión de esta en dinero, su valor patrimonial, el detrimento efectivo de las cosas objeto del contrato (seguros reales) o del patrimonio del asegurado (seguros patrimoniales)<sup>43</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que al asegurado o beneficiario le corresponde, al presentar la reclamación de la respectiva indemnización ante la aseguradora, acreditar no sólo la ocurrencia del siniestro, esto es, que se realizó el riesgo asegurado, sino también la naturaleza y extensión de los perjuicios reclamados, es decir el monto de los mismos o *cuantía de la pérdida*, como reza la norma; y la aseguradora, estará obligada a pagar la indemnización dentro del mes siguiente, a menos de que haya objetado la reclamación. Si la objeción no se produce en ese lapso y la aseguradora no paga, surgirá la acción ejecutiva a favor del asegurado o beneficiario. *Contrario sensu*, si aquella formula oportunamente una objeción a la reclamación, surgirá a cargo del asegurado o beneficiario el deber de acudir al juez del contrato de seguro, para que a través de la tramitación de un proceso ordinario se establezca la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora, al comprobarse la existencia tanto del siniestro como de los perjuicios reclamados.

---

<sup>43</sup> Ossa G., J. Efrén, *"Teoría General del Seguro, \*\* El Contrato"*, Editorial Temis, 1984, pgs. 376 y 377.

Para la jurisprudencia de esta Corporación siempre ha sido claro que la entidad puede, al hacer efectivas las garantías de los contratos, calcular el monto de los perjuicios o pérdidas:

*(...) en el caso concreto, teniendo en cuenta los hechos probados en el proceso, así como las consideraciones expuestas anteriormente, se concluye que el Director Ejecutivo del FOSOP, en su condición de representante legal de la entidad, tenía competencia para declarar el siniestro referido a la inestabilidad de la obra contratada, a través de un acto administrativo debidamente motivado, como en efecto lo hizo, así como para evaluar el monto de las fallas presentadas y ordenar allí mismo el pago correspondiente<sup>44</sup>.*

Es así como se ha pronunciado en múltiples ocasiones en torno a la facultad que tienen las entidades estatales beneficiarias de las pólizas de seguro que fungen como garantías de sus contratos –y que corresponden a contratos de seguro de cumplimiento, como especie de los seguros de daños<sup>45</sup>- no sólo para declarar la

---

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 14583, C.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

<sup>45</sup> “1. En las varias ocasiones en que la Corte se ha ocupado del seguro de cumplimiento, ha precisado que este fue expresamente reconocido en el plano legal por la ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el “... cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos” (se subraya) y, adicionalmente, que tal figura negocial es mencionada explícitamente por el art. 1099 del estatuto mercantil, en prueba fehaciente de su disciplina y referencia legislativa. // Según hubo de explicarlo la Sala en cas. civ. de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, la referida ley se encuentra vigente “...porque es el propio código de comercio de 1971 el que da cuenta de su existencia cuando a él hace expresa alusión en el artículo 1099; alusión que, por lo demás, es la respuesta consciente a la idea que siempre acompañó a los autores de la codificación quienes jamás perdieron de mira esa tipología de contrato, cual lo revelan sin ambages las correspondientes actas de la comisión revisora, cumplidamente en los pasajes que fueron dedicados a auscultar las secuelas que se desgajan cuando el tomador del seguro es un tercero”. // De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños –conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley. // Por virtud de dicho pacto, el asegurador, previo el desembolso de la correspondiente prima, ampara al asegurado contra el incumplimiento de obligaciones de la clase señalada. Gracias a él se garantiza el pago de los perjuicios que experimente el acreedor por causa del incumplimiento total o parcial, de la obligación asegurada, en tanto imputable al deudor –llamado tradicionalmente “afianzado”-, es decir, no proveniente de un caso fortuito o de fuerza mayor –o en general de una causa extraña-, a menos que tales eventos hayan sido realmente asumidos por el asegurador. // Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura “...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil” (cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670). // En el seguro de

ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo, sino también para cuantificar el monto de los perjuicios:

*La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio (...).*

*En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador<sup>46</sup>, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantía sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.*

*Al respecto, conviene precisar el contenido y alcance del artículo 1077 del C. de Co. mediante el cual se regula lo pertinente a la carga de la prueba que*

---

*cumplimiento, como lo ha puntualizado esta Sala, conforme con su naturaleza y con arreglo a la finalidad que le sirve de báculo, "...el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación amparada, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico" (art. 1083 C.C.), [cas. civ. 7 de mayo de 2002, Exp. 6181], el riesgo "consiste en el no cumplimiento –o en 'la eventualidad del incumplimiento del deudor' (cas. civ. 15 de marzo de 1983" (cas. civ. 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140), como varias veces lo ha resaltado esta Corporación (Vid: cas. civ. 22 de julio de 1999, Exp. 5065; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942; 2 de mayo de 2002, Exp. 6785). No en vano, se reitera, el de cumplimiento encuadra en la arquitectura del seguro de daños como lo reconoce el aludido art. 1099 del cuerpo de normas mercantiles. // Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de julio de 2006, expediente 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.*

<sup>46</sup> [56] "La objeción a la reclamación según el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, se entiende como "la manifestación realizada por la compañía aseguradora frente a la reclamación debidamente formulada, indicando que no está obligada a indemnizar por no operancia del amparo o porque existiendo el mismo la cuantía reclamada excede de lo considerado como cantidad equitativa y correlativa al daño experimentado efectivamente, evento éste en que la objeción viene a ser parcial pues está aceptando la operancia del amparo y parte de la cuantía. Para realizar esa manifestación la empresa cuenta con un perentorio término legal de, por lo mismo inmodificable, de 60 días, contados a partir de aquel en que se haya completado la reclamación" (Revista Fasecolda No. 9, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro.)

corresponde tanto al asegurado como al asegurador, dicho precepto consagra lo siguiente:

**“Artículo 1077.** Corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere del caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”

Del anterior texto normativo se infiere que en todo tipo de seguros, incluido el de cumplimiento, cuando el asegurado quiera hacer efectiva la garantía deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y de ser necesario también deberá demostrar la cuantía de la pérdida.

Lo anterior, por cuanto no siempre el beneficiario del seguro requiere demostrar la cuantía del daño, como cuando se reclama un seguro de vida, evento en el cual basta demostrar el hecho de la muerte, puesto que la suma asegurada se considera, dada la índole de esta clase de seguro, como el monto definitivo, único e indiscutible a cargo del asegurador<sup>47</sup>.

En otros casos y específicamente tratándose de los seguros de daño y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto éstos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización.

La disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso, es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que evalúan la reclamación que hace el asegurado (art. 1080 C. Co).

La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las

---

<sup>47</sup> [57] “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación en el contrato de seguro. Revista Fasecolda”.

*características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.*

*Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.*

*Arribar a una conclusión contraria, en lo que concierne a la determinación de la cuantía del siniestro en el acto administrativo que declara su ocurrencia, conduciría a hacer nugatoria y carente de efectos la facultad de la entidad contratante para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la obligación, pues ante la supuesta indeterminación de la cuantía del daño causado, no podría hacer efectiva dicha garantía (Las subrayas son del texto original)<sup>48</sup>.*

Esta posición jurisprudencial de la Corporación en torno a la facultad-deber que tienen las entidades estatales de cuantificar el monto del perjuicio en el acto mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro, para efectos de reclamar la indemnización de perjuicios de parte de la aseguradora que expidió la póliza de seguro constitutiva de la garantía de cumplimiento de un contrato estatal, fue reiterada en sentencia de 23 de junio de 2010<sup>49</sup>, en la cual la Sala expuso nuevamente la tesis en el sentido de que, realizado el riesgo, compete a la administración declarar el siniestro y cuantificar el perjuicio, determinando el monto que deberá pagar la compañía de seguros y/o el contratista.

La Sección sostuvo en la referida providencia, que la prerrogativa de constituir el título comprende la de fijar la cuantía de la obligación, pues, de no ser posible establecer el monto, no sería exigible ejecutivamente la prestación. Se puso de presente que, cuando la beneficiaria sea una entidad estatal, a diferencia de lo que acontece con los particulares, obligados a reclamar ante la aseguradora, deberá esta última controvertir la decisión estatal sobre “*si se presentó o no el hecho cubierto con la garantía*”, aunque se dejó en claro que la entidad no podrá fijar un monto superior al perjuicio:

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>49</sup> C.P. Enrique Gil Botero, expediente 16494.

*En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que esta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza.*

Advirtió la Sala una inversión en el procedimiento, a favor de la administración:

*En realidad, lo que acontece con las garantías constituidas en favor de las entidades estatales es que se invierte el procedimiento de reclamación contemplado en el Código de Comercio, pues al paso que en éste el beneficiario y/o el asegurado debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-, cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía, sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía.*

En ocasión posterior, la Sala sostuvo:

*En lo que atañe a la cuantificación de la pérdida, la Sala reitera, en esta oportunidad, el criterio que de años atrás ha consolidado la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de que, además de la prerrogativa de declarar la ocurrencia de los siniestros, la administración tiene la facultad de cuantificar el perjuicio<sup>50</sup>, a través del acto administrativo que hace exigible la garantía constituida a su favor. No de otra forma podría integrarse el título de recaudo ejecutivo (con características de ser claro, **expreso** y exigible), para efectuar el cobro del siniestro.*

*No obstante, precisa la Sala que, cuando se hacen exigibles las garantías que amparan los riesgos derivados del cumplimiento de contratos estatales, no es aplicable el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio -como lo sugiere el recurrente-, concernientes a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador. Precisamente, la expedición del acto administrativo suple la reclamación que debe efectuar el asegurado y, en ese sentido, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que "...las entidades públicas no puede autoseñalarse y*

---

<sup>50</sup> [11] "Es de anotar que la jurisprudencia de esta Corporación aceptó la posibilidad de que la administración pública cuantificara el daño percibido, para efectos de hacer exigible la garantía otorgada a su favor, incluso antes de que entrara en vigencia el Decreto Reglamentario 4828 de 2008 (derogado por el artículo 9.2 del Decreto Reglamentario 00734 de 2012), que expresamente contemplaba tal posibilidad. Se destaca que los artículos 5.1.13.1 y 5.1.13.3 del Decreto Reglamentario 00734 de 2012 también contemplan la facultad de que la administración cuantifique el monto de la pérdida con la misma finalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667, posición reiterada en sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 16.369)". En el mismo sentido, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 21432, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*determinar la cuantía de créditos a su favor frente a los particulares...” (fl. 120. C. Consejo)<sup>51</sup>.*

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se concluye, sin hesitación alguna, que el hecho de cuantificar el valor de la pérdida o el monto de los perjuicios en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro, no constituye el ejercicio de una facultad excepcional por parte de la entidad estatal que pretende hacer efectiva la garantía de cumplimiento de un contrato, contenida en una póliza de seguro, y así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación, toda vez que ello hace parte de la mecánica propia de la reclamación que debe efectuar el beneficiario de la misma, tal y como lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio, según se explicó párrafos atrás.

Si las normas de derecho privado que regulan la reclamación del beneficiario particular ante la aseguradora, establecen que aquel debe demostrar con la misma, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, no encuentra la Sala razón alguna para sostener que, siendo la beneficiaria del seguro -constitutivo de la garantía de cumplimiento del contrato estatal-, una entidad pública, no pueda ella efectuar dicha cuantificación en el acto administrativo que la ley le permite expedir para declarar la ocurrencia del siniestro.

Lo anterior no constituye una arbitrariedad de la administración ni una actuación ajena a la que llevaría a cabo un particular en las mismas condiciones, pues, como éste, la entidad está en el deber de fundamentar y probar en debida forma la existencia del siniestro declarado y la cuantificación de los perjuicios; y la única diferencia radica en que, mientras la aseguradora puede objetar la reclamación del particular, cuando se trate del acto administrativo proferido por una entidad estatal, deberá proceder a impugnarlo en sede administrativa y/o judicialmente, para demostrar las razones que, a su juicio, excluyen su obligación indemnizatoria.

Afirmar lo contrario, esto es, que la entidad estatal no puede cuantificar el monto de los perjuicios en el acto administrativo de declaratoria del siniestro, implica

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2012, expediente 19519, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En el mismo sentido se ha reiterado en otras providencias, como las siguientes: Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 53914, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, expediente 35057, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

sostener que ella, en esta materia, tiene menos derechos que un particular, a la hora de hacer efectiva una póliza de seguro de daños, lo cual sin duda no fue la intención del legislador, cuando le atribuyó la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro a través de un acto administrativo.

Como corolario de lo expuesto, concluye la Sala que, contrario a lo afirmado por el demandante, al establecer el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008 que la entidad estatal debe proceder a cuantificar el monto del perjuicio cuando declara la caducidad, para ordenar su pago al contratista y al garante –numeral 14.1-, y a cuantificar el monto de la pérdida en los demás casos de declaratoria de incumplimiento para ordenar su pago al contratista y al garante –numeral 14.3-, no se confirió a las entidades estatales una potestad excepcional que no les fue otorgada ni por la Ley 80 de 1993 ni por la Ley 1150 de 2007 “y que comprende el ejercicio de competencias que sólo pueden ser ejercidas por el juez del contrato”, sino que se consignó una actuación propia del beneficiario en toda reclamación que se efectúe en virtud de un contrato de seguro de daños.

Ahora bien, de los planteamientos efectuados en la demanda, surge una cuestión que merece ser analizada y clarificada en esta ocasión: ¿Qué sucede cuando en el contrato objeto de la garantía se pactó cláusula penal?

Al respecto, se advierte que, tal y como se desprende de la norma acusada, en ambos casos en los que se alude al deber de la entidad de cuantificar los perjuicios, se plantea una disyuntiva, en caso de existir cláusula penal pecuniaria, por lo que basta con leer nuevamente tales disposiciones:

*14.1 En caso de caducidad (...), proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal **o a cuantificar el monto del perjuicio** (...).*

*14.3 En los demás casos de incumplimiento, (...) proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a **cuantificar el monto de la pérdida o a** hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada (...).*

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que, en ambos casos, en el evento de que se haya pactado cláusula penal pecuniaria, dado que, como ya se explicó en otro aparte de esta providencia, la misma constituye el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que sufrirá la entidad ante el

incumplimiento contractual de su contratista, en caso de que se declare la caducidad del contrato o su incumplimiento, sólo habrá lugar a disponer la efectividad de la respectiva cláusula penal, cuyo pago se podrá ordenar al contratista y a su garante.

Es por eso que la norma acusada dice que se hará efectiva la cláusula penal **o se calculará** el monto del perjuicio, es decir: lo uno o lo otro. Si hay cláusula penal, no habrá lugar a efectuar el referido cálculo. Y así mismo, que la entidad procederá a cuantificar el monto de la pérdida **o a hacer efectiva la cláusula penal**, lo que significa que, si esta última existe, no será procedente la cuantificación mencionada.

Y, en todo caso, cuando la entidad considere que los perjuicios fueron superiores al monto de la cláusula penal pecuniaria pactada, estará obligada a demandar, para probarlo así en un proceso judicial. *Contrario sensu*, si es la aseguradora la que considera que el monto de los perjuicios fue inferior al valor de la cláusula penal pecuniaria, podrá demandar ante el juez competente, para que sea éste quien determine si hay lugar a reajustar el monto de la indemnización cobrada. Así lo ha reconocido, de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sección:

*(...) cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el sólo incumplimiento en los eventos del antecitado artículo 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral (...)<sup>52</sup>*

En otra ocasión, sostuvo: *“(...) podía hacerse esa declaración de incumplimiento, no con la finalidad señalada en el artículo 72 del decreto 222 de 1983 (la efectividad de la cláusula penal), sino, pura y simplemente, para hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el contrato? Estima la sala que no. Y su pensamiento ha sido no solo coherente sino reiterado. Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento solo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato, y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Y esa misma*

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expediente 5253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*jurisprudencia ha afirmado que si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de esa cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato.*<sup>53</sup>

En providencia del 4 de noviembre de 2004, la Corporación señaló que “(...) 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”<sup>54</sup>.

Y, en sentencia de 27 de julio de 2005, la Sección anotó que “(...) la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato que las partes celebraron, constituyó una tasación anticipada -parcial pero definitiva- que las partes hicieron respecto de los perjuicios que le representaba a la entidad contratante el incumplimiento definitivo de su contratista, en tal forma que si ella lo declaraba, podía proceder a cobrar dicha cláusula sin necesidad de acreditar nada más; **en la medida en que pretendiera que los perjuicios fueron superiores a tal monto, le correspondía probarlo dentro de un proceso, para que el juez procediera a la respectiva condena;** y así mismo, en cuanto el contratista considerara que los perjuicios no eran equivalentes al monto de esa cláusula penal sino inferiores, debía probarlo así en el proceso, o en el presente caso, ha debido hacerlo la aseguradora, cosa que evidentemente no hizo...”<sup>55</sup> (negrillas fuera de texto).

---

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 1992, expediente 6631 C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de noviembre de 2004, expediente 24275.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2005, expediente 12394 (rad. 1996-07261), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En reciente ocasión, sostuvo la jurisprudencia<sup>56</sup>:

#### **4.3.3. El incumplimiento fue parcial por lo que deben disminuirse los perjuicios tasados en el acto de declaratoria de siniestro**

44. Respecto del valor de los perjuicios tasados en el acto que declaró el siniestro, la aseguradora adujo que el incumplimiento fue parcial, por tanto, la cuantía debió calcularse sólo de cara al valor de las obligaciones desatendidas y no en consideración al valor de todo el contrato, según lo prevén los artículos 1596<sup>57</sup> del Código Civil y 867<sup>58</sup> del Código de Comercio –agrega la Sala–.

44.1. Pues bien, como se dejó dicho líneas atrás, el municipio estaba habilitado puede declarar el siniestro, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio. Para esto último, se valió de la cláusula penal pecuniaria que fue pactada, como se puede apreciar en el contrato<sup>59</sup>, como una estimación anticipada de perjuicios<sup>60</sup>, por valor del diez por ciento del contrato.

44.2. Ahora bien, si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas, tal como lo ha precisado la Sala (...)

44.3. Por tanto, la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>57</sup> [69] “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”.

<sup>58</sup> [70] “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”.

<sup>59</sup> [71] “No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente al diez por ciento del valor del contrato, así se desprende de la cláusula décima del contrato: “[S]in perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas anteriores cualquiera de las partes podrá imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato” (fl. 40, c. ppal.)”.

<sup>60</sup> [72] “Sobre las facetas de la cláusula penal pecuniaria, la Sala advirtió que: “[N]o se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad (...) puede tener diferentes facetas, a saber: (i) de apremio o moratoria, exigible por el simple retardo; (ii) reparatoria o indemnizatoria, como estimación anticipada de perjuicios y (iii) punitiva, en tanto lo es a título de sanción coercitiva”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de julio de 2015, exp. 29429, C.P. Ramiro Pazos Guerrero”.

*estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual.*

*44.4. Ahora, como la pretensión gira en torno a la disminución de los perjuicios calculados en la declaratoria de siniestro con base en la cláusula penal pecuniaria. La Sala recuerda que la posibilidad de disminuir o aumentar en sede judicial el monto de la estimación anticipada de perjuicios, se ha explicado, así<sup>61</sup>: (...)*

*44.5. En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales.*

## **Conclusión**

Como corolario de todo lo expuesto, la Sala considera que el acto administrativo demandado en el *sub-lite* no es violatorio de las normas legales que se adujeron en la demanda como infringidas, y, en consecuencia, las pretensiones no están llamadas a prosperar, razón por la cual las mismas serán denegadas en la parte resolutive de la presente providencia.

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

### **F A L L A:**

**PRIMERO: NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**  
Presidente

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Ausente

---

<sup>61</sup> Transcribe *in extenso* la sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, C.P. Enrique Gil Botero, ya citada.

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**NICOLÀS YEPES CORRALES**