

CONCEPTO 1 DE 2016

(marzo 18)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Clausula Penal en contratos y convenios

En atención al traslado del correo electrónico del 15 de marzo de 2016, por parte de la coordinadora del grupo Gestión de Convenios en el cual la OEI, manifiesta que no es necesaria la inclusión de la cláusula penal en un convenio de cooperación internacional el cual se rige por el régimen del SENA (Estatuto contractual), al respecto, de manera comedida le informo:

En su comunicación expone lo siguiente:

“La cláusula penal pecuniaria, efectivamente, es una estipulación anticipada del valor de la indemnización que la entidad estatal puede solicitar por el incumplimiento de las obligaciones al CONTRATISTA. Como ya se mencionó dentro de un convenio de cooperación no se habla de contratista, pues es claro que hay dos aliados con un fin en común, razón por la cual las partes siempre buscarán el cumplimiento de los propósitos convenidos, de lo contrario se desdibujaría el fin para el cual se celebró el convenio.

Similar situación se presenta con la multa, pues esta como acción coercitiva, busca que el CONTRATISTA cumpla las obligaciones contratadas bajo las condiciones y tiempos establecidos.

Así las cosas, no tiene cabida, dentro de un convenio de cooperación, el cual tiene como fin esencial aunar esfuerzos de dos para un fin común (las obligaciones no son de un solo aliado) la cláusula penal y las multas. El fin a cumplir se encuentra relacionado con una cooperación entre dos partes, que les cuesta a ambas, razón por la cual no existen obligaciones de uno a otro, sino obligaciones para llegar al cometido establecido. ”

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

El régimen constitucional señala como competencia del legislador, la de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y la ley orgánica del presupuesto para regular la capacidad de los organismos y entidades estatales en materia de contratación (arts [150](#) in fine y [352](#)), atribuciones que han sido cumplidas mediante la expedición de la ley 80 de 1993

y la Ley Orgánica de Presupuesto compilada por el decreto [111](#) de 1996.

En la Ley 80 de 1993. El legislador establece las reglas y principios que rigen los contratos estatales (art. [1](#)). Determina, al señalar los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos deben tener en consideración al celebrarlos y durante su ejecución, el cumplimiento de ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos o intereses de los administrados que les colaboran en la consecución de dichos fines (art. [3](#)), para lo cual las entidades tienen, entre otros derechos y deberes, los siguientes: exigir a los contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato, adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar, adelantar revisiones periódicas de las obras contratadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar la calidad ofrecida, exigir que la calidad de bienes y servicios adquiridos se ajusten a las normas técnicas obligatorias (nacionales e internacionales), adelantar las acciones conducentes para obtener la indemnización de los daños derivados del contrato celebrado y evitar que por su causa sea más oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

En cuanto a la normatividad aplicable a los contratos estatales, éstos se rigen por las comerciales y civiles pertinentes, por las disposiciones especiales de la ley de contratación estatal, por aquellas excepcionales previstas para algunos contratos, sin perjuicio de las reglas establecidas para los celebrados en el exterior, o en Colombia que deban ejecutarse o cumplirse en el exterior, o los financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o convenios con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional (art. [13](#)).

Por tanto, este régimen aplicable a los contratos estatales significa la posibilidad para las entidades estatales de celebrar toda clase de ellos, esto es los previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, los derivados de la autonomía de la voluntad, o los regulados por el propio estatuto de contratación (art. [32](#)).

Respecto a la autonomía para la negociación de las estipulaciones, el legislador otorga a las entidades libertad en el contexto de los fines estatales al regular la forma de convenir sus contratos (art. [40](#), ley 80/93) y señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que "de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza".

Las entidades estatales tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato, y en consecuencia durante su vigencia, siempre tendrán competencia para salvaguardar el interés público y garantizar la continuidad del servicio o la ejecución de las obras de beneficio general, objeto del contrato.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales tal como lo señala el artículo [1602](#) de código civil.

En los antecedentes legales en torno a la cláusula penal se debe observar lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 53 de 1909, el Código Civil, Decreto [1082](#) de 2015 y la Ley [80](#) de 1993, Ley [1474](#) de 2011 Ley [1150](#) de 2007.

Art. 4 ley 53 de 1909: "En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria,

para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa”

La cláusula penal definida en la doctrina como “La evaluación convencional de perjuicios es la determinación de la evaluación económica de los perjuicios que le significan al contratante diligente como consecuencia del no cumplimiento del otro contratante, respecto de una obligación determinada.” (Salinas 2011).

El autor Luis Díez-Picazo la define “Se denomina Pena Convencional a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal. Económicamente, la estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito” (6a edición. 2007).

El artículo [1592](#) del código Civil señala: “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. ”

De acuerdo con las definiciones anteriores, se tiene que la cláusula penal, tiene doble función, una de carácter indemnizatoria y otra moratoria, la primera, esto es en la indemnizatoria, la cláusula actúa como una preestimación de los perjuicios definitivos, por efecto del incumplimiento resolutorio y sustituye la indemnización a la que absorbe, por ello el acreedor según la regla del artículo [1600](#) del Código Civil deberá escoger la pena o la indemnización. En la moratoria, se estipula en razón del retraso de algunas obligaciones, prestaciones o cargas precisadas por las partes.

El artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007, les da una naturaleza conminatoria al cumplimiento contractual y el estatuto anticorrupción las dota de un carácter sancionatorio.

A su turno el Decreto 1082 de 2015 prevé, Artículo [2.2.1.2.3.1.7](#). Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.
2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.
3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:
  - 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
  - 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato

El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. Las multas proceden cuando están debidamente pactadas, debidamente tipificadas y su dosimetría pactada. Ahora bien, en lo relativo a la cláusula penal, esta se hace exigible con la declaratoria de caducidad o de incumplimiento, sin embargo, el Consejo de Estado ha considerado que si ha existido cumplimiento parcial del contrato, es procedente reducir el valor de la cláusula penal, aplicando la proporcionalidad; así mismo y como quiera que la garantía de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal, cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como su cumplimiento tardío o defectuoso, cuando estos son imputables al contratista garantizado. Es decir que este amparo comprende siempre el pago de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

La postura más reciente del Consejo de Estado (Radicación 26.938, del 13 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz) ha señalado:

“La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que el término no limita la competencia sancionatoria.

Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.” (...) “¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo? “Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato. “Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o

prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.// Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley [1150](#) de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance - como en el caso concreto..”

Así mismo es oportuno precisar la connotación del contrato y la convención, esto a la luz del Código Civil el cual señala que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas (Art. [1495](#) C.C.). De la anterior definición se extraen las siguientes conclusiones:

En relación a las obligaciones, las obligaciones que nacen del contrato son prestaciones de dar, hacer o no hacer. En este sentido, la obligación nace como consecuencia del contrato al ser una de sus fuentes.

El Contrato no es lo mismo que convención. La convención es el género (lo general), el contrato en especie (lo particular). El contrato produce siempre obligaciones en el campo patrimonial, la convención no.

Los términos contrato y convención de que habla el Código Civil los presenta como sinónimos, sin embargo tienen diferencias. Al respecto el Art. [1495](#) C.C. al definir contrato da estos términos igual significación pero en realidad no son lo mismo, sus diferencias: El contrato como norma general está destinado a producir efectos en el campo patrimonial, la convención no, aunque el contrato también puede producir efectos en el campo moral, el contrato crea, modifica y extingue obligaciones la convención crea y modifica.

De otra parte, podemos apreciar, que la incorporación de la Cláusula penal no está vedada, en materia de convenios, toda vez que las diferencias conceptuales entre uno y otro radica en la imposibilidad de extinguir obligaciones bajo la figura del convenio. Así mismo al tenor de la jurisprudencia anteriormente transcrita esta figura (cláusula penal) permite hacer efectivo aquellos incumplimientos que sólo sean posibles de detectar a la terminación del acuerdo de voluntades, situación que se vería imposibilitada a en el evento de no pactarse, aunado a la interpretación que ha dado la doctrina a la inclusión de la misma con la garantía de cumplimiento, teniendo en cuenta que el ejecutivo no tiene la potestad de cuantificar perjuicios, crasa contradicción que contiene el artículo [862](#) del estatuto anticorrupción al sugerir tal posibilidad, por lo que se recomienda que para no hacer nugatoria tal posibilidad, se pacte la garantía de cumplimiento, y la cláusula penal en los contratos y convenios estatales que connoten determinadas actividades con contenido obligacional.

El presente pronunciamiento se emite dentro de los parámetros a que alude el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

