

000100

Teniendo en cuenta que a través del memorando del asunto, se trasladaron por parte de su oficina, la Resolución N°XX2 de 201X por medio de la cual se declaró el incumplimiento total del contrato XXX8 de 201X y la Resolución N°XX68 de 20XX que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, toda vez que en el párrafo segundo del artículo segundo del resuelve de la Resolución N°XX2 de 201X se ordenó: “(...) *TRASLADAR a la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria para que en el marco de sus competencias realice las acciones legales a las que haya lugar frente a las reclamaciones derivadas por mayores perjuicios establecidas en el informe en el informe de supervisión radicado con N°2017IEXXX del X de noviembre de 201X (...)*”, al respecto nos permitimos presentar las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto mediante resolución N°XX2 de 201X la Secretaria Distrital de Salud declaró el incumplimiento del contrato N°XXX8 de 201X suscrito entre el Fondo Financiero Distrital de Salud y la firma XYZ que tenía por objeto “*prestar servicios de soporte técnico, mantenimiento y actualización al Sistema Integrado de Información del Laboratorio de Salud Pública de la Secretaria Distrital de Salud*” y dispuso en el **ARTICULO SEGUNDO**: “(...) *Declarar que con el presente acto administrativo se constituye el siniestro de incumplimiento del contrato de prestación de servicios (...) amparado póliza de cumplimiento N°12-44-11111 expedida por Seguros del Estado S.A. el XX de diciembre de 201X, en cuantía de DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL PESOS (\$16.704.000)M/CTE a favor del Fondo Financiero Distrital de Salud, equivalente al diez por ciento (10%) del valor estipulado en el numeral 2) de la cláusula decima primera del contrato. (...)*”, así mismo señalando en el **parágrafo primero** del mismo artículo “(...) *la suma establecida a título de perjuicios anticipados, deberá cancelarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución (...)*”, en el caso objeto de análisis no es viable iniciar acción legal tendiente a obtener el reconocimiento de perjuicios materiales adicionales causados con ocasión al declarado incumplimiento.

Lo anterior, toda vez que en la cláusula **DECIMA PRIMERA** numeral 2 se estableció: “(...) **PENAL PECUNIARIA: EL CONTRATISTA** se obliga a pagar al Fondo una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, a título de indemnización por los perjuicios que ocasione en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales o de la declaratoria de caducidad.(...)”, lo que significa que se pactó una tasación anticipada definitiva de perjuicios, al haberse establecido una clausula penal pecuniaria que se haría efectiva a raíz de la declaratoria de caducidad o de incumplimiento, hecho este último que aconteció, sin haberse señalado de manera expresa que pudiese ser exigible una indemnización de perjuicios adicionales, como lo exige la ley.

Al respecto, es preciso señalar que el Estado en atención a su potestad sancionatoria puede establecer previamente en los contratos la imposición de multas o sanciones pecuniarias, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

Frente al tema del principio de legalidad, la jurisprudencia ha señalado:

“(…) Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. (...) La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones (...). Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad (...)”¹

Quiere decir lo anterior, que las entidades públicas para imponer y cobrar las sanciones pecuniarias, deben contemplarlas en el contrato y en los pliegos de condiciones, en cumplimiento del principio de legalidad, utilizando así la potestad sancionatoria, facultad de naturaleza propiamente contractual.

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”, contemplo expresamente en su artículo 17, la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas.

Ahora bien, la cláusula penal es entendida como una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación. Por regla general esta es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba dentro del juicio respectivo toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios.

Por esta razón y por disposición de la ley, la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, se pueden acumular, siempre y cuando se estipule expresamente en las cláusulas contractuales, evento en el que el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la

¹ Sentencia 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) del 13 de agosto de 2008- Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

pena como para la indemnización. En este caso la pena deja de ser una liquidación pactada por anticipado para adquirir la condición de sanción convencional.

El artículo 1600 del Código Civil dispone:

*“(…) **PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**». No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.(…)”*

El consejo de Estado frente a la posibilidad de imponer la pena y la indemnización de perjuicios con ocasión a la declaratoria de caducidad o incumplimiento, ha señalado:

“La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada

(…)

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

(…)

*No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. **No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño(…)”²***

En sentencia bajo radicado N°25000-23-26-000-2005-00021-01(39702) del 16 de agosto de 2012- Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, se reiteró:

“(…) Adicionalmente, esa Corporación ha señalado de manera reiterada que, si existe pacto inequívoco al respecto, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

(…)

Ahora bien, el artículo 1600 del Código Civil²⁹ señala que no es posible solicitar a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, prohibición de carácter supletivo a la voluntad de

² Ibídem

las partes que encuentra su razón de ser en los casos en los cuales la cláusula penal deba ser entendida con un carácter compensatorio, en cuyos eventos servirá como tasación anticipada de la indemnización, sin embargo, como lo autoriza la norma en cita, las partes pueden pactar lo contrario, esto es, que puedan reclamarse conjuntamente tanto la pena como la indemnización de perjuicios.

Sobre este particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 23 de mayo de 1996 dentro del proceso radicado bajo el No. 4607, con ponencia del Doctor Carlos Esteban Jaramillo, señaló:

"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." (Expediente No. 4607).

Así entonces, si media pacto expreso al respecto, el acreedor puede cobrar tanto la indemnización de perjuicios como la sanción pecuniaria pactada entre las partes por el incumplimiento del contrato, porque cada una de ellas obedece a causas jurídicas diferentes.

Ahora bien, las partes, en ejercicio de su autonomía, bien podrían acordar no limitar el monto de los perjuicios a los que se pacten de manera anticipada y, por el contrario, para efectos de que el lesionado resulte ileso, estipular que si los daños realmente sufridos por él son mayores a los previamente estimados en la cláusula penal, éste quede facultado para cobrar los perjuicios que no hubieren quedado cubiertos por ella, sin embargo, debe advertirse que en este último caso corre a cargo del lesionado la obligación de probar la causación y el monto de tales perjuicios.

(...)

Ahora bien, generalmente, en lo que a los contratos estatales corresponde, la función de la cláusula penal se ha identificado como de carácter compensatorio, esto es, como una tasación anticipada de los perjuicios y no conminatoria del cumplimiento de las obligaciones del contrato, debido a que, a diferencia de la multa, como más adelante se verá, ésta se hace exigible, en principio, "a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones".

Sobre el tema la Corporación ha expresado:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de

perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”

No empero lo dicho, reitera la Sala que, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, la función que adopte la cláusula penal en cada caso dependerá de la voluntad que expresen las partes del contrato y, en caso de que ésta no sea explícita o no sea clara, deberá ser entendida como de carácter compensatorio.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tema de la cláusula penal pecuniaria y la indemnización de perjuicios ha señalado:

“(…) a los contratantes les está permitido acordar, de manera previa, la forma como deberán ser reparados los perjuicios en el caso de incumplirse o cumplirse defectuosamente, las obligaciones contractuales, mediante la fijación de una cláusula penal que, de conformidad con lo indicado en el art 1592 del C.C. «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»; estipulación que permite eximir al reclamante de la carga de demostrar los perjuicios que se le causaron con ocasión de la infracción de la obligación principal y cuál la naturaleza de éstos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen juris et de jure, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario, extendiéndose este beneficio probatorio a la acreditación de la cuantía de los perjuicios, porque en virtud de ella este monto queda fijado de antemano.

No obstante, como dichos conceptos constituyen en últimas modalidades para procurar dejar indemne el patrimonio del afectado, la reclamación de perjuicios y la cláusula penal no podrán acumularse, salvo estipulación expresa en contrario (art. 1600 C.C.); así lo ha indicado la Corte al decir, lo siguiente:

«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” (Sent. Cas. Civ. de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607). (...)”³

De conformidad con los argumentos expuestos en precedencia, se evidencia que como en la cláusula **DECIMA PRIMERA** numeral 2 del contrato 1688 de 2015 no se dijo expresamente que se podía perseguir la pena e indemnización de perjuicios con ocasión a la declaratoria de caducidad o de incumplimiento, y contrario a ello se estableció que la sanción pecuniaria se imponía a “(...) título de indemnización por los perjuicios que ocasione en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales,(...)”, en el presente caso no es procedente iniciar acción judicial alguna.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que de acuerdo a las reglas de interpretación de los contratos, debe estarse siempre a la intención de las partes, por cuanto la validez de estas estipulaciones se fundamentan en los principios de autonomía de la voluntad y buena fe contractual.

Es importante traer a colación las reglas de interpretación contempladas en el Código Civil que preceptúan:

ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. <LIMITACIONES DEL CONTRATO A SU MATERIA>. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. <PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS>. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

La jurisprudencia ha sido enfática en señalar frente al tema de interpretación de los contratos:

“(...) Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula sea capaz de producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. Además, como ya se dijo, si hay ambigüedad sobre la función que cumple la cláusula penal, debe tomarse como estimatoria de los perjuicios. Por el peso de la tradición en la práctica cotidiana de los contratos estatales, se siguen estipulando cláusulas que se denominan multas o penal pecuniaria que, al no tener referente legal vigente, en lo posible deben ser tenidas como válidas e interpretadas bajo la regulación de las cláusulas penales, pues, se reitera, conforme al mandato del artículo 1620 del Código Civil, “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.” La validez de

³ Sentencia N° 11001 31 03 039 2007 00299 01 del 15 de febrero de 2018- MP. Margarita Cabello Blanco.

éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron. En consecuencia, debe primar la verdadera intención de las partes que, a pesar de su inadecuada titulación, decidieron acordar un apremio, una garantía o una valoración de perjuicios, y éste es el efecto legal que debe prevalecer al interpretar el contrato en el que se incluyeron (...)"

Se concluye entonces que al estar en presencia de una cláusula que establece la sanción penal pecuniaria como el título de indemnización con ocasión a la declaratoria de incumplimiento, sin señalar de manera expresa si era procedente perseguir la indemnización adicional de perjuicios, no es viable iniciar acción legal alguna con la finalidad de realizar reclamaciones derivadas por mayores perjuicios establecidos.

Finalmente de manera respetuosa invitamos a que revise según cada contrato, la necesidad de incluir el pacto expreso de perseguir, además de la cláusula penal pecuniaria, los perjuicios que no sean cubiertos por esta y que deriven bien sea del incumplimiento del contrato o de la caducidad de los mismos, conforme lo señalado en el artículo 1600 del Código Civil.

Cordialmente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO

Proyecto: Diana Daza Moreno

⁴ Sentencia 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748) del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006)-Consejero Ponente- Enrique José Arboleda Perdomo.