

**MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CLAUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS
PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



NORELLA ANDREA PINEDA RODRÍGUEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo

Directora

GILMA YAMILE CUBILLOS GUTIÉRREZ

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C., noviembre de 2020**

MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CLAUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende determinar los mecanismos jurídicos para la imposición de la cláusula penal pecuniaria que deben aplicar las entidades estatales de derecho privado en materia de contratación estatal, estableciendo en primer lugar el alcance jurídico de la cláusula penal pecuniaria, a través de sus antecedentes, concepto y función. En segundo lugar, se determinan las principales facultades unilaterales en las relaciones contractuales en el contexto nacional, para lo cual se analiza la cláusula penal como facultad unilateral en la contratación estatal y las facultades unilaterales en la contratación privada, a través de la doctrina y legislación internacional. Finalmente se realiza el análisis de los principios constitucionales de legalidad y autonomía de la voluntad para la imposición de la cláusula penal, en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Respecto a los aspectos metodológicos, el método utilizado es el cualitativo y se utilizan fuentes primarias como secundarias.

Palabras Claves: Clausula penal, potestades unilaterales y mecanismo jurídico.

Abstract

This research work aims to determine the legal mechanisms for the imposition of the pecuniary penal clause that state entities of private law must apply in matters of state contracting, establishing in the first place the legal scope of the pecuniary penal clause, through its background, concept and function. Second, the main unilateral powers in contractual relations in the national context are determined, for which the criminal clause is analyzed as a unilateral power in state contracting and the unilateral powers in private contracting, through doctrine and legislation. international. Finally, the analysis of the constitutional principles of legality and autonomy of the will for the imposition of the penal clause is carried out, within the framework of the jurisprudence of the Council of State. Regarding the methodological aspects, the method used is qualitative and primary and secondary sources are used.

Keywords: Criminal clause, unilateral powers and legal mechanism.

Tabla de Contenido

Introducción	5
1. La Cláusula Penal Pecuniaria	15
1.1. La Cláusula Penal como elemento accidental del contrato	15
1.2. Clausula Penal como tasación anticipada de perjuicios	20
1.2.1 Funciones de la Cláusula Penal.....	22
1.2.2. La Clausula Penal en el Common Law.....	25
2. Facultades unilaterales en las relaciones contractuales en el contexto nacional	28
2.1. La Cláusula Penal como facultad unilateral en la contratación estatal en Colombia	28
2.2. Facultades unilaterales en los contratos de derecho privado	33
3. Principios vinculados a la imposición de la Cláusula Penal en la jurisprudencia del Consejo de Estado	38
3.1. El principio de legalidad	39
3.2. El principio de la autonomía de la voluntad	44
Conclusiones	50
Referencias.....	59

Introducción

La necesidad de lograr la satisfacción de las finalidades del Estado a través de la contratación, impone desafíos a los operadores administrativos de las entidades estatales con régimen de contratación de derecho privado, incluso desde el momento en que estos elaboran sus Manuales de Contratación, ya que es allí donde establecen las pautas bajo las cuales se regirá su actuación contractual y por ende todas las decisiones que se emitan derivadas de la ejecución contractual, en especial frente al tema del incumplimiento por parte del contratista.

Precisamente, una de las figuras disuasorias para el cumplimiento de las pretensiones contractuales es la cláusula penal, impuesta unilateralmente por parte de la administración pública, sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado y reprochado este actuar en tratándose de entidades no cobijadas por el Estatuto General de la Contratación Estatal.

Esta situación conlleva por un lado a que, en caso de emitir un acto administrativo de sanción sin respaldo legal, se genere su declaratoria de nulidad, el cobro de perjuicios por parte del contratista sancionado y posterior repetición de la entidad estatal al operador administrativo quien adoptó la decisión, pero también el no uso de la facultad unilateral implica un proceso judicial de marras ante el juez del contrato, tiempo durante el cual estaría en vilo el cumplimiento del objeto contractual, y por ende la no satisfacción del interés general que es el fin único de la contratación estatal.

Descripción del problema

Las obligaciones contractuales y el reproche de incumplimiento tienen como antecedente la recopilación normativa del Derecho Romano, que instituyó a las personas a adoptar conductas sociales que facilitasen las relaciones humanas y la convivencia en sociedad, habiendo establecido en caso de contrariedad sanciones al sujeto infractor (Reyes, 2012); fue así como estas interacciones, fueron incluidas normativamente en el derecho civil, constituyéndose en fuente de las obligaciones a través de cuatro grandes grupos: El contrato, el cuasicontrato, el cuasidelito y el delito, figuras con connotaciones diferentes.

Centrándonos en la primera fuente “el contrato”, además de ser el producto del acuerdo de voluntades de las partes generador de obligaciones, tiene inmersos elementos para lograr el cumplimiento de lo convenido, como la *stipulatio poenae*, llamada así por el derecho romano (Alterini, 1998), la cual surge como un elemento accidental y condicional de los contratos, dirigida a sancionar pecuniariamente a la parte deudora ante el incumplimiento de la obligación principal (Blas, Lobato de, 1974).

En Colombia en plena vigencia de la Constitución Política de la República de 1886, se promulgó el Código Civil mediante la Ley 57 de 1887, norma que, entre otros asuntos, reglamentó el tema de las obligaciones y los contratos, el cual, ha perdurado hasta nuestros días, guiando con su contenido las relaciones contractuales, tanto privadas como públicas.

Al amparo de esta legislación, el Decreto Ley 222 de 1983 reguló los contratos de la Nación, derogó el Decreto 150 de 1976 y de manera expresa clasificó los contratos del Estado en contratos de

derecho privado y administrativos (art. 16); ante lo cual, coexistían dos regímenes de contratación (Benavides, 2007, p.38), manteniendo el mismo criterio de la norma anterior, en lo tocante a considerar la multa y clausula penal pecuniaria, como “*cláusulas que forzosamente deben contener los contratos*” sin importar su régimen (Decreto 222 de 1983, art. 60). Con ello, la mencionada cláusula se constituía en estimación de perjuicios anticipada, y se asimiló a una facultad unilateral de la administración colocando al Estado en una posición superior frente al particular, sin importar el régimen de contratación.

Por consiguiente, en el contexto del Decreto 222 de 1986 era claro para los operadores administrativos y particulares, la posibilidad de pactar estas cláusulas en los contratos administrativos, como en los de derecho privado de la administración; con la salvedad, que para la multa debía incluirse en el contrato la facultad de la entidad contratante para su imposición en caso de mora o de incumplimiento parcial (art. 71), resultando unívoca la posibilidad de declarar e imponer la multa y la cláusula penal.

Ello perduró, hasta la derogatoria del Decreto 222 del 1986 a través del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública adoptado mediante la Ley 80 de 1993, dejando así la multa y la cláusula penal de ser consideradas de forzosa inclusión en los contratos suscritos por las entidades públicas.

Por su parte, con la Ley 80 de 1993 el legislador efectuó una clasificación de entidades a quienes consideró como sujetos obligados a la aplicación del estatuto, y excluyó a otras de su aplicación; además, realizó la separación de las entidades con base en la naturaleza y tipo de actividad

que realizaban, y señaló taxativamente las nociones que corresponden a potestades excepcionales, dentro de las cuales no incluyó la cláusula pena pecuniaria, ni la multa.

Aunado a ello, antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007 las entidades públicas cobijadas por el estatuto de contratación estatal no ostentaban la facultad para imponer sanciones, a excepción de la declaratoria de caducidad que refiere el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, así: *“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”* (art. 18).

Es precisamente con la Ley 1150 de 2007, que se introduce la potestad de sanción unilateral a través del empleo de la multa para conminar, y la cláusula penal pecuniaria derivada de la declaratoria de incumplimiento, para las entidades sometidas al Estatuto (art. 17), por lo que a través de esta disposición, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pudieron hacer uso de los poderes unilaterales de la administración adicionales a las clásicas facultades conocidas como excepcionales previstas en el mismo estatuto, unilateralidad que debe ejercerse, tal como lo refirió Rengifo (2017) *“de manera diligente, razonable y en fin, sin desconocer la regla de la buena fe”* (p. 186).

Con este marco normativo, el panorama para la imposición de sanciones pecuniarias por parte de las entidades públicas sometidas al Estatuto General de la Administración Pública quedó claro, sin embargo, no ocurrió lo mismo en tratándose de entidades no cobijadas por el mismo, ya que, éstas quedaron sin regulación en el marco del contrato estatal que amparara su actuar y bajo un contexto que reconoce que se encuentran en *“competencia con el sector privado (...) que requieren flexibilidad*

en su gestión, como las de ciencia y tecnología y las tareas públicas o de interés general, adelantadas en asocio con los particulares o entre entidades públicas” (Jojoa, 2014).

En general, la cláusula penal y su inclusión en los contratos en el marco de las relaciones privadas resulta válida, previo consenso entre las partes para su inclusión, pero existe dificultad cuando las partes convienen otorgarle a un extremo de la relación facultades unilaterales de imposición.

Con independencia de la competencia material y funcional de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en lo referente a las facultades unilaterales, la Corte Suprema de Justicia consideró que las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordar la terminación unilateral del contrato de manera excepcional, siempre y cuando medie amparo legal o contractual expreso y en los casos y contratos en los cuales la ley no la prohíba o excluya. (Corte Suprema de Justicia, 2011, Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01)

Por otro lado, el Consejo de Estado no mantiene una posición unívoca en lo que respecta a las facultades unilaterales en los contratos estatales de derecho privado, por ejemplo, en uno de sus pronunciamientos adujo que no existe fundamento legal para que las entidades administrativas en sus contratos de derecho privado puedan declarar directamente el incumplimiento, y menos aún aplicar unilateralmente la sanción pecuniaria, al considerar que:

La administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, (...) pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales (...) en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la

Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito. (Consejo de Estado, Sentencia 21178 de 2011)

Al analizar detenidamente esta posición frente a lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, se evidencia congruencia frente al respeto por el principio de legalidad, para el principal órgano de la jurisdicción ordinaria los particulares tienen la potestad de llegar a acuerdos, siempre que estos estén amparados por la ley o la Constitución; igualmente, para el máximo órgano de lo contencioso administrativo, al estar vinculados los servidores públicos en la relación contractual, éstos solo podrán hacer lo que les indique la ley y la constitución.

En contraposición al respeto del principio de legalidad, el Consejo de Estado a través de la Subsección "C", se alejó de lo señalado por la misma corporación, y en su lugar estableció que las sanciones pecuniarias pueden dar prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, ante lo cual respalda los acuerdos de facultades unilaterales en los contratos estatales de derecho privado, Consejo de Estado (2017):

Aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, (...) ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales. (Sentencia 56562 de 2017)

Por lo anterior, nos encontramos con un precedente judicial ambivalente respecto al mecanismo para imponer sanciones pecuniarias en los contratos de las entidades públicas con régimen de contratación de derecho privado.

Pregunta de investigación

Indicado lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es ¿Cuáles son los mecanismos jurídicos aplicables para la imposición de la cláusula penal, en los contratos privados de la administración pública?

Justificación de investigación

El presente trabajo de investigación adquiere mayor relevancia en la consecución de conocimiento jurídico, siendo una herramienta útil para los operadores administrativos de las entidades exceptuadas, por cuanto en la actualidad estos funcionarios son medidos por su gestión, al tener que dar cumplimiento a las metas propuestas que hacen parte de los planes de desarrollo, motivo por el cual, el modelo gerencial para estos operadores conlleva el conocimiento claro de la norma para la toma de decisiones, y para la satisfacción de los fines del Estado.

Es útil este escrito en la dinámica del Estado, la sociedad y el mercado, al asumir el vacío sobre el mecanismo de imposición de la cláusula penal, al cual están expuestos los operadores administrativos, frente a las posibilidades con que cuenta la administración en un contexto de derecho privado para desarrollar sus funciones, permitiendo el logro de los fines del Estado, fin último de la contratación estatal.

Así las cosas, es necesario ahondar frente a la naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria, para cotejar los postulados de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de cara al marco jurídico imperante que evoluciona día a día, y amplía su órbita de interpretación por los cambios sociales, ajustado éste a los principios constitucionales.

Respecto a los antecedentes del tema, existen investigaciones jurídicas frente a la cláusula penal en la contratación estatal y su exorbitancia, con enfoques diferente al propuesto en el presente trabajo, en especial por el problema de investigación desarrollado y el contexto jurídico actual, por lo que los argumentos de la investigación y las fuentes son diferentes y con ello las conclusiones.

Alcance y limitaciones de la investigación

La investigación integra la norma, la jurisprudencia, el derecho comparado y la doctrina internacional, lo que la conlleva a ser básica, por existir sistematización de conceptos. Los métodos utilizados se desarrollarán en los diferentes capítulos, al igual que el análisis de las diferentes fuentes.

Finalmente, la investigación tendrá un efecto propositivo, al plantear argumentos producto de un análisis con enfoque diferente al realizado en otros trabajos de investigación, sin que existan limitantes para la misma.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Determinar los mecanismos jurídicos que deben aplicar las entidades estatales de derecho privado en materia de contratación estatal para la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

Objetivos específicos

1. Establecer el alcance jurídico de la cláusula penal pecuniaria.
2. Determinar en la legislación nacional, las principales facultades unilaterales en las relaciones contractuales.
3. Analizar los principios constitucionales de legalidad y autonomía de la voluntad, para la imposición de la cláusula penal, en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Hipótesis

Las entidades estatales de derecho privado en materia de contratación estatal, pueden pactar la cláusula penal, con apego al derecho privado, sin embargo, la entidad estatal no puede unilateralmente imponer valor alguno por concepto de indemnización o pena, a pesar de que exista acuerdo previo, por cuanto dicho actuar colocaría al contratista en una posición de debilidad frente a la administración, pese a que se encuentran en una relación de igualdad reconocida por el derecho positivo, por lo que al tratarse de un debate probatorio frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales es necesaria la mediación judicial.

Metodología de la investigación

La presente investigación aplica el método cualitativo al privilegiar las cualidades del objeto de estudio, al tratar de explicar los enfoques jurídicos dados en la legislación y la jurisprudencia del

Consejo de Estado, se utilizan fuentes primarias (leyes nacionales, reglamentarias, decisiones judiciales del Consejo de Estado, textos jurídicos), como secundarias (artículos de revista, documentos de internet, legislación extranjera), esta información documental se revisó y analizó directamente. Lo anterior, en aras de establecer los mecanismos jurídicos para la imposición de la cláusula penal pecuniaria, por parte de las entidades públicas con régimen de derecho privado en materia de contratación estatal.

El trabajo se desarrolla en tres capítulos, el primero establece el alcance jurídico de la cláusula penal, a través de sus antecedentes, concepto y función tanto en el contexto nacional, como a través del derecho comparado por medio de instituciones jurídicas civilistas y en el common law.

En el segundo apartado, se determinan las principales facultades unilaterales en las relaciones contractuales en el contexto nacional, para lo cual se analiza la cláusula penal como facultad unilateral en la contratación estatal y las facultades unilaterales en la contratación privada, a través de la doctrina y legislación internacional.

En el tercer capítulo, se analizan los principios constitucionales de legalidad y autonomía de la voluntad para la imposición de la cláusula penal, en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y las principales posiciones se contrastan con la legislación nacional y los principios latinoamericanos de derecho de los contratos.

1. La Cláusula Penal Pecuniaria

1.1. La Cláusula Penal como elemento accidental del contrato

Ante la necesidad de supervivencia del hombre, fue necesario el establecimiento de relaciones de intercambio, para que en un mismo nivel de armonía y semejanza frente a los demás, les permitiera el cambio de lo útil por lo indispensable, logrando así su conservación propia, esta actividad en un principio fue basada en reproches de conciencia, ante el incumplimiento y la mala fe que empezaba a presentarse por alguna de las partes, lo que conllevó a que se emitieran reglamentaciones al respecto (Garamendi, 1854).

En este contexto histórico, se efectuaron varias recopilaciones normativas que regularon la actividad comercial, como el Código de Hammurabi en el año 1750 a.c, que reglamentaba relaciones comerciales como los préstamos, luego la Ley de Rodas en el año 475 a.c, que contenía reglamentación para el transporte marítimo.

Sin embargo, es en Roma a través de la compilación normativa efectuada por el emperador Bizantino Justiniano a través del Corpus Ius Civiles, entre el año 527 a 565 d.c y el Digesto publicado en el año 530 d.c, que se reguló la actividad comercial o mercantil, ante la necesidad de brindar seguridad a las partes, con connotaciones o elementos propios para ciertas tipologías contractuales, abordando así las obligaciones que derivan de los “contractus”.

En tal sentido, en Roma la palabra contractus *“se utilizó para designar los acuerdos obligatorios, es decir, aquellos negocios mediante los cuales se contraía una obligación”* (Fierro, 2013,

p. 58), luego, esta denominación de la palabra “contractus” siguió perene en otras legislaciones, tal como se refleja en la legislación española y francesa, así:

La definición legislativa que el derecho español establece de contrato, muy similar a la del art. 1101 del Código Civil francés, se encuentra recogida en el art. 1254 del Código Civil, en su tenor literal dice lo siguiente: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. (Paricio, 2010, p. 77).

A su vez, el contrato fue integrado por elementos condicionales ante el posible incumplimiento de la prestación, de esta manera se estableció la figura denominada stipulatio poenae:

La stipulatio poenae, sirvió primeramente para compeler al deudor en obligaciones que eran consideradas insusceptibles de ejecución forzada y para pasar por alto el criterio que inhibía al juez de fijar el monto indemnizatorio cuando la obligación no consistiera en dar sumas de dinero (Alterini, 1998, p.305).

Avanzando en el tiempo, los elementos integradores del contrato fueron traídos hacia las nuevas colonias de España en América, arraigándose en nuestra legislación hasta la actualidad, tal es el caso de la Ley 57 de 1887 o Código Civil que en su artículo 1495 limita la definición de contrato a “*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*” (Ley 57 de 1887).

En posterior normatividad, el Código de Comercio, definió el contrato como “*un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario (...)*” (Decreto 410 de 1971, art. 864).

En síntesis, la figura del contrato reconoce la existencia de dos o más extremos en la relación, existiendo obligaciones mutuas que en tratándose de actuaciones mercantiles, trascienden al interés patrimonial, aunado a ello la naturaleza jurídica del contrato reconoce la integración de dos aspectos, tal como señaló Bianca (2007) la voluntad es el eje o esencia del contrato y la declaración es *“un fenómeno social que despierta la confianza de que el acto es serio y conforme a la voluntad exteriorizada, es decir, conforme al desarrollo normal de la actividad comercial.”* (p. 41)

Compartiendo lo manifestado por Bianca, la voluntad sobre la naturaleza del acto y su exteriorización permiten el cumplimiento de la obligación, figuras que deben estar plenamente dirigidas a la búsqueda de la materialización del cumplimiento del contrato, no solamente a través de estipulaciones dirigidas a la formación del contrato, sino también a la regulación de su desarrollo y extinción.

En este sentido, las concepciones de voluntad y declaración apoyan la caracterización e identificación de los contratos en general frente a sus diferentes tipologías, dotando de fuerza vinculante a las partes, y haciendo del contrato una ley para las partes, lo que comúnmente se conoce en la locución latina como *“pacta sunt servanda”*, que en términos de la Ley 57 de 1887 prescribe: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (art. 1602).

Estas concepciones se conjugan en las formalidades que deben tener los contratos para su validez, para su exigibilidad y para no ser desnaturalizados en otro tipo de contrato, como lo refiere Fierro (2013):

Los actos se conforman por la reunión de sendos requisitos. Unos son de fondo y otros de forma. Los primeros son: esenciales, naturales y accidentales. Los segundos hacen relación a su aspecto extrínseco o formal y corresponden a las llamadas solemnidades o formalidades. A los primeros se les conoce por la doctrina, de igual manera, como requisitos comunes, porque, pertenecen a todos los contratos y, a los segundos, se les conoce como requisitos propios, porque solo se requieren para uno o algunos contratos en particular. (pp. 67-68)

La anterior clasificación es reconocida por la Ley 57 de 1886, al señalar la existencia de los requisitos de la esencia, necesarios para que un contrato surta efecto en el mundo jurídico, tales como, el objeto lícito, causa lícita, capacidad y consentimiento sin vicio (art. 1502), por su parte, los elementos naturales son aquellos propios de cada tipología contractual y como lo señala la doctrina no requieren de una cláusula especial y no son esenciales. (Fierro Méndez, 2013, p.68).

En cuanto a los elementos accidentales, estos se plasman en el contrato producto del consenso de las partes a través de cláusulas especiales que se deben ajustar a la ley, en aras de no afectar los derechos de las partes dentro del marco constitucional, dentro de este grupo se encuentran las sanciones pecuniarias, como la cláusula penal *“puesto que con ella o sin ella, el contrato existe y produce todos sus efectos legales. Igual puede predicarse para el caso de las arras. Son accidentales, entonces, la condición, el término, el modo, la cláusula penal y las arras”* (Fierro Méndez, pp. 69).

Precisamente uno de los elementos que permite diferenciar las obligaciones contractuales de otro tipo de obligación, es la existencia de prestaciones mutuas entre los extremos de la relación,

gozando de esta manera las obligaciones de un aspecto pasivo que conlleva el deber de prestar y un aspecto activo, dirigido a exigir el cumplimiento. (Barahona, 1997, p. 522).

En concreto, en una relación contractual sinalagmática existe el derecho del acreedor a exigir la prestación, al hacerse exigible por el vencimiento del plazo o por la materialización de la condición convenida, según lo establece nuestra legislación civilista, que define las obligaciones civiles como *“aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento”* (Ley 57, 1997, art. 1527), ante lo cual opera la exigibilidad y más aún al momento de verificar la condición o el plazo.

En este sentido, al gozar el acreedor de la facultad de exigir el correcto desarrollo de las obligaciones o prestaciones por parte del deudor, la legislación lo ha dotado de unos mecanismos de tutela para el cumplimiento pleno de dicho fin o una *“frustración menor”*, por cuanto, *“ante el incumplimiento de la obligación principal surge un crédito u obligación adicional equivalente a los perjuicios que le ha conllevado el incumplimiento.”* (Hinestrosa, 2016, p. 6).

Precisamente la legislación colombiana prevé varios mecanismos de protección a los intereses del acreedor, tales como la cláusula penal, la multa, cumplimiento forzado de la obligación, la terminación o resolución del contrato, las arras y acciones civil de revocatoria o rescisoria por casos de insolvencia del deudor, sobre los que ha emitido lineamientos generales para su aplicación.

De esta manera la cláusula penal se integra al contrato como elemento accidental, con el objetivo de proteger al acreedor frente al eventual incumplimiento del otro extremo de la relación.

1.2. Clausula Penal como tasación anticipada de perjuicios

Nuestra legislación adoptó la figura de la cláusula penal mediante la Ley 57 de 1887, Código Civil, considerándola como *“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”* (Ley 57 de 1887, art. 1592).

En efecto, esta disposición pretende brindar una garantía al acreedor ante el posible incumplimiento del deudor, con la existencia de posibilidades que en primer momento resultarían excluyentes, tal como lo prevé el artículo 1600 y 1594 del Código Civil.

No obstante, los artículos 1613 y 1614 del Código Civil reglamentan la responsabilidad civil contractual, que conlleva a la indemnización de perjuicios, tal como lo comenta (Fierro, 2013):

En la primera norma citada encontramos las diferentes formas o especies de incumplimiento o de abstención contractual (...) incumplimiento total o parcial, (...) defectuoso y retardo en el cumplimiento (...) y en la segunda se encuentra la consecuencia jurídica que se desprende de aquellos supuestos de hecho, siempre que ocurran o se realicen (pp.459-460).

Situación que deviene de la configuración de lucro cesante y daño emergente, que requieren de la valoración de los soportes probatorios para su determinación a diferencia de lo que ocurre con la cláusula penal, la cual encierra en sí misma una tasación anticipada de perjuicios establecida de manera convencional.

Motivo por el cual la doctrina nacional ha señalado que para el aseguramiento de las obligaciones contractuales, resulta necesario pactar la cláusula penal, al respecto Fierro Méndez (2013) refiere que la abstención del deudor en el cumplimiento contractual, el daño y relación de causalidad, entre el deudor incumplido y el resultado dañoso producto de la abstención contractual, son situaciones que pueden presentarse, por lo que con la inclusión dentro del contrato de una cláusula penal pecuniaria o de multa, permite asegurar el cumplimiento de la obligación, haciéndose exigible si se demuestra el incumplimiento.

Ampliando el argumento de Fierro, el cumplimiento de la obligación en primer momento se presenta con un carácter disuasorio en aras de lograr el cumplimiento del contrato por las partes convenientes, pero la materialización del incumplimiento conlleva la exigibilidad de la pena, que representa esa tasación anticipada de perjuicios, conforme lo prevé nuestra legislación.

Lo anterior, encuentra respaldo en la legislación internacional, como lo establecido en el Código Civil Francés en donde se considera la cláusula penal como una compensación por perjuicios y daños sufridos por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación (art. 1229), por ello, ampara su inclusión contractual en aras de exigir el cumplimiento de la obligación, pudiendo el juez analizar su exceso y ordenar su disminución, y en los eventos de cumplimiento parcial de la obligación aumentar la indemnización si lo pactado resulta inferior al perjuicio causado y probado judicialmente. (Art. 1231, 1152).

En similares situaciones, el Código Civil Español aplica la figura de la cláusula penal, para sustituir la indemnización o abono de intereses, en los eventos en que se presente incumplimiento

(art. 1152), cuyo monto puede ser modificado por el juez en los casos de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. (Art. 1154).

Asimismo, a través del Título XI del Código Civil colombiano se regula la cláusula penal estableciendo en su artículo 1594, la necesidad de exigir la obligación principal antes de constituir en mora al deudor y una vez constituido solo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena, a menos que se convenga la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal, es por ello que se hace necesario analizar las dimensiones de la función de la cláusula penal.

1.2.1 Funciones de la Cláusula Penal

Bajo la óptica del derecho continental la cláusula penal tiene una función pura, no pura, acumulativa, sustitutiva, compensatoria y moratoria, en lo que respecta a la función pura y no pura, los tratadistas Manresa & Navarro (Citados por Osterling & Castillo 2003), refieren que esta denominación depende del castigo o de la reparación que pueden conllevar, lo que hace que la pena cumpla doble finalidad. (p. 2653). En tal sentido, consideran que la función pura conlleva el castigo y a la vez el reconocimiento de daños y perjuicios, lo cual difiere a la función no pura o impura en la que su estipulación no constituye un castigo, sino un reconocimiento de daños y perjuicios anticipados.

En lo que atañe a la pena con función acumulativa y sustitutiva, según Albaladejo (Citado por Osterling & Gutiérrez 2003), esta función conlleva la garantía del cumplimiento de la obligación y a la vez punitiva, existiendo un doble reforzamiento para la satisfacción de los intereses del acreedor (p. 2656), en contra posición, Osterling & Gutiérrez (2003) consideran que aducir que la cláusula penal es

acumulativa, daría paso a exigir la pena ante el incumplimiento y adicionalmente la indemnización de perjuicios, por lo que no comparten el sentir de la cláusula penal acumulativa, a diferencia de ello consideran que la cláusula penal es sustitutiva, cuando compensa los daños y perjuicios ante el incumplimiento. (p. 2556, 2658).

En el ámbito de la función compensatoria y moratoria, Ostering & Gutiérrez (2003), concluyen que la cláusula penal moratoria busca reparar la mora o el retraso de la obligación y la cláusula penal compensatoria se causa ante los eventos de incumplimiento, excesivo, anticipado, defectuoso, no adecuado, es decir incumplimiento parcial o total de las obligaciones.

Respecto a las varias denominaciones de las funciones que puede conllevar la cláusula penal, inequívocamente en cada una de ellas se pretende el reconocimiento de daños y perjuicios causados a excepción de la función moratoria, aunado a ello, la función acumulativa a diferencia de los señalado por Osterling & Gutiérrez, además de los perjuicios tiene inmerso el cumplimiento de la obligación principal, por lo que si ambas actuaciones se materializan, el acreedor recibiría un doble pago ante su frustración, a pesar de esta crítica, el artículo 1594 del Código Civil faculta a convenir el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena.

En lo que respecta a la función compensatoria y moratoria, pueden evidenciarse unas dimensiones que permiten diferenciar estos conceptos frente a la materialización de cada una, ya que como lo señaló Ostering & Gutiérrez, la función moratoria puede presentarse por el mero retardo de la obligación principal, sin que se constituya como una reparación de perjuicio, simplemente es un castigo, actuación que igualmente se encuentra recogida en nuestro Código Civil, en donde se ha facultado para la aplicación de dicha función.

Es importante tener en cuenta, que con independencia de la finalidad de la cláusula penal y el respaldo que la misma encuentra en el Código Civil, debe existir proporcionalidad, para no incurrir en lesión enorme.

Al respecto, el Código de Comercio adoptado mediante Decreto 410 de 1971 en su artículo 867, tratándose de actividades mercantiles, posibilita la reducción de la pena o indemnización convenida por parte del juez, si estas resultan excesivas, lo cual puede realizarse también en las convenciones civiles si se configura una lesión enorme. (Código Civil. Art. 1601)

En tal sentido, el juez se encuentra facultado para reducir el monto de la pena, solo en los eventos en que ésta resulte ser excesiva o cuando se haya cumplido en parte la obligación principal, tal como lo establece el artículo 1596 del Código Civil, aunado a ello, el articulado no posibilita al juez a aumentar el valor de la pena, solo a reducirla.

Como lo señala Mc Kenna (2018), la mayoría de los códigos civiles de origen napoleónico, permiten sanciones para fomentar el desempeño de obligaciones contractuales, sin embargo, ha habido una tendencia generalizada hacia la reducción del alcance de dichas sanciones, permitiendo a los tribunales reducir la cantidad si se encuentra en exceso. (p. 4)

Con independencia a la reducción que se pueda presentar por mediación judicial, la cláusula penal tiene la principal función de permitir el cumplimiento de las obligaciones contractuales y en su defecto lograr resarcir el daño causado por su incumplimiento.

1.2.2. La Clausula Penal en el Common Law

Analizando esta figura sancionatoria en el Common Law, justo como lo señala Mazaare citado por Espinosa (2014), la cláusula penal presenta dos connotaciones el liquidated damage, permitidas por el sistema y las penalties, que resultan prohibidas. (p. 225)

Precisamente, los liquidated damage tienen alcance compensatorio, tal como quedo soportado en el caso Dunlop Pneumatic Tire Co Ltd contra New Garage & Motor Co Ltd, en el cual la autoridad judicial tiene la potestad de analizar la cláusula pactada para determinar si resulta penalizadora y por ende no tendría efectos jurídicos, al respecto el Black's Law Dictionary (Citado por Traducción Jurídica), resume:

Tradicionalmente, los tribunales han confirmado dicha cláusula a menos que la suma acordada se considere penalizada por uno de los siguientes motivos: (1) La suma supera ampliamente los daños probables en caso de incumplimiento, (2) La misma suma se hace pagadera por cualquier variedad de diferentes incumplimientos (algunos mayores, otros menores), o (3) se ha incluido una mera demora en el pago entre los eventos de incumplimiento. (Traducción Juridica.es)

De esta manera, las cláusulas penales (penalty clauses) resultan ser aquellas cláusulas que buscan desincentivar el incumplimiento, tal como señaló Mazaarese (citado por Espinosa, 2014) se establece una suma de dinero a ser pagada ante el incumplimiento y son llamadas también como in terrorem. (p.225) y se configuran cuando no es razonable en proporción al daño.

A nivel comparado, el liquidated damage resulta aplicable en las legislaciones anglosajonas, con la única intención de reclamar los perjuicios sufridos del acreedor, y por ende lograr la indemnización previamente acordada por las partes, sin que exista, impedimento o acción inicial para su exigibilidad, a diferencia de lo instituido en la mayoría de los códigos de origen civilista, en donde antes de constituir en mora al deudor se le debe exigir el cumplimiento de la obligación principal.

Otra diferencia importante que se desprende de los dos sistemas, hace referencia al tipo de obligación incumplida, bajo la teoría civilista la cláusula penal opera por el incumplimiento de prestaciones particulares, aceptando de esta manera la división de obligaciones en el marco de los contratos, a diferencia del common law en donde el liquidated damage solo es aceptado por el incumplimiento del contrato, es decir que las prestaciones son valoradas integralmente con la única finalidad de derivar perjuicios ante el incumplimiento del objeto contractual.

De igual forma, bajo el sistema anglosajón se proscribe el liquidated damage por la mera demora o retardo, por lo que no puede aceptarse su reconocimiento cuando su función es el mero castigo, situación opuesta a la teoría civilista en donde por excepción se acepta esta posibilidad.

Cabe precisar que en ambos contextos la cláusula penal puede ser utilizada con carácter disuasorio, sin embargo, en el debate judicial en el common law el tribunal puede declarar su inaplicación cuando quede demostrado que no atiende al pago de indemnización por daños sufridos, tal como lo indica su precedente judicial.

A la vez, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también conocida por sus siglas como UNCITRAL o CNUDMI, a la que Colombia es miembro, tal como lo reporta

la Cancillería de Colombia (Cancillería), ha resuelto la diferencia existente entre liquidated damage y las penalty clauses, recomendando, la adopción de una denominación diferente, llamada “cláusulas contractuales por una suma acordada debido al incumplimiento”, inaplicando los términos liquidated damage o penalty clauses. (Reed Smith, 2008) y estableciendo que los efectos de la cláusula penal dependen de la legislación nacional, es decir de los diferentes sistemas legales, debido a los enfoques que cada estado le ha dado. (Reed Smith, 2008),

Como se advierte, el uso de la figura de la cláusula penal tiene varias dimensiones según el contexto jurídico en el que se presente, siendo la legislación interna la encargada de reglamentar la materia, pudiendo seguir los lineamientos generales dados por las autoridades internacionales en tratándose de comercio internacional.

Ante la necesidad de soportar la causa imputable al deudor, para exigir el pago de la indemnización, es posible que éste acepte su responsabilidad y proceda al pago, sin embargo, si no ha realizado lo más, menos podría pensarse que cumpla con una obligación accesoria, motivo por el cual en los dos sistemas converge la mediación judicial para la valoración de los antecedentes que encierran la figura, determinar la responsabilidad del deudor frente al incumplimiento y paralelamente establecer su monto justo o su inaplicación, por las causas establecidas para el derecho anglosajón.

2. Facultades unilaterales en las relaciones contractuales en el contexto nacional

2.1. La Cláusula Penal como facultad unilateral en la contratación estatal en Colombia

La Constitución Política de la República de Colombia de 1886 trajo consigo un modelo unitario, que le permitió adoptar el Código Civil para todo el territorio Nacional, que anteriormente venía siendo aplicado por los estados federados en vigencia de la anterior constitución, en esta coyuntura, se emitió la Ley 57 de 1887, norma que reglamenta lo relacionado con los contratos, obligaciones, bienes y personas (artículo 1), llevando implícita la posibilidad de ser aplicada por la administración pública y en las relaciones comunes por parte del conglomerado (artículo 2).

En tal sentido, la Ley 57 de 1887 comenzó a regular la contratación pública, integrándose así al Código Fiscal de 1873, el cual reglamentaba la figura de la caducidad para los contratos del estado. De manera consecuente, el legislador profirió normas que regularon las actividades contractuales a cargo del Estado, tal como lo detalla Benavides (2007):

La Ley 53 de 1909 estableció las formalidades de celebración de algunos contratos (...). El Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) imponía la licitación (...). El primer código Administrativo Ley 130 de 1913) estableció la aplicación del derecho privado a los contratos de la administración. La Ley 105 de 1931 atribuyó a la jurisdicción ordinaria el juzgamiento de los contratos de la administración. La Ley 167 de 1941 atribuyó a la jurisdicción administrativa el juzgamiento de los actos separables del contrato. El Decreto Ley 158 de 1964 estableció la competencia del contencioso administrativo para el juzgamiento de los contratos administrativos. (p. 19)

A hora bien, la cláusula penal considerada como la consecuencia del incumplimiento del contrato, comenzó a ser utilizada en los contratos estatales en aplicación del artículo 1592 y SS del Código Civil, pero fue con el Decreto 150 de 1976 a través del cual debía ser incluida de manera forzosa en los contratos celebrados por la Nación (Decreto 150 de 1976, art.47) y por ende impuestas mediante resolución motivada por parte de la entidad pública, lo que conllevaba una facultad unilateral a favor de la administración.

El Decreto Ley 222 de 1983 derogó el Decreto 150 de 1976 y clasificó los contratos del Estado en contratos de derecho privado y administrativos (art 16), lo que generó en principio “la aplicación de regímenes jurídicos diferentes” (Benavides, 2007, p.38), identificados por la tipología contractual, es así que el contrato de obra pública, suministro, empréstito, concesión de servicios públicos, prestación de servicios, entre otros fueron considerados como administrativos, y las demás tipologías se encuadraron en el grupo de contratos regulados por el derecho privado. (Decreto 222 de 1983, art 16).

Asimismo, el Decreto 222 de 1983 estableció que la cláusula penal debía estar inmersa en los contratos en general, pudiendo la administración imponerla directamente, en aras de resarcir los perjuicios causados de manera definitiva (Decreto 222 de 1983, art 72). Por consiguiente, era claro para los operadores administrativos el uso de la cláusula con vocación unilateral, existiendo unos parámetros y efectos claros para su imposición.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, los legisladores buscaban hacer más eficiente la contratación pública, tal como quedó reflejado en la exposición de motivos que precedió la Ley 80 de 1993 presentada por el Congreso (1992), en donde se adujo la existencia de un sin número de

limitaciones impuestas por el Decreto 222 de 1983, que afectaba las relaciones contractuales y con ello el logro de la satisfacción del interés social, por lo que se pretendió dejar de lado la perenne reglamentación de todas y cada una de las actuaciones, para en su lugar abrir el espectro del derecho contractual del estado (p. 4).

Este cambio en la contratación estatal obedeció al modelo de Estado que trajo consigo la Constitución Política de Colombia de 1991, según Palacios “de un Estado monopólico pasamos a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos”. (2004, p. 2)

Es por ello, que la Ley 80 de 1993 abrió la posibilidad de emplear “las disposiciones comerciales y civiles pertinentes” (art. 13), para hacer más eficiente la contratación estatal, permitiéndole al estado la compra de bienes y servicios de una forma dinámica y ágil, en pro a la satisfacción de los fines del estado.

Al respecto, esta norma detalla las entidades estatales a ella sometidas, relacionadas expresamente en su artículo segundo, dejando excluidas a un gran número de entidades, reconociendo así la existencia de dos regímenes normativos en materia de contratación estatal, uno sometido a su autoridad y otro especial para las entidades no señaladas como destinatarias de la norma, siendo excluidas de la aplicación de esta ley y por su naturaleza jurídica les es dable aplicar derecho privado.

A pesar de ello, la premisa con la que fue concebida la Ley 80 de 1993 no fue entendida por la mayoría de los operadores administrativos y por la misma jurisdicción ya que al haber establecido las

denominadas cláusulas excepcionales contenidas en el artículo 14, se generaron varias interpretaciones con incidencia en la aplicación de las sanciones pecuniarias.

Tal es el caso de lo manifestado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa durante el periodo previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007, al particular se resalta la decisión adoptada por el Consejo de Estado en Auto 8501 de 2005 en demanda presentada por OPUS INGENIERÍA LTDA contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, por medio del cual se suspendió el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento que hizo efectiva la cláusula penal, al respecto señaló:

La ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración para declarar el incumplimiento del contratista (...) las sanciones pecuniarias están condicionadas a las que hubiere lugar, según la misma ley 80, que pueden ser consecuenciales a los actos administrativos dictados con base en competencia expresa administrativa, las que se obtengan con base en declaración judicial o en mecanismos alternativos de solución de conflictos” (Auto 8501 de 2005)

Esta decisión se emitió en consonancia con lo establecido en la Ley 640 de 2001 en donde se incluyó la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Ante este panorama fue necesario que el legislador emitiera la Ley 1150 de 2007 que señaló expresamente la posibilidad de ejercer la facultad unilateral de sanción pecuniaria a favor de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, para lo cual estableció el procedimiento para su imposición a través de la Ley 1474 de 2011, de esta manera estas entidades cuentan con la potestad de citar a

audiencia al contratista incumplido para debatir lo ocurrido, quien ejerce su derecho a la defensa en aras de que el mismo operador administrativo adopte el acto administrativo de imposición de sanción.

Pese a lo anterior, el legislador no emitió pronunciamiento frente al ejercicio de tal potestad por parte de las entidades estatales con régimen especial de contratación, grupo al que hace parte gran número de entidades y figuras jurídicas como los patrimonios autónomos por medio de los cuales se administran y ejecutan recursos públicos.

Al respecto, la Ley 489 de 1998 clasificó las entidades públicas dentro de cinco (5) grupos a la vez, las pertenecientes a las ramas del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial), entes autónomos, Organismos de Control, Organización Electoral y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (Función Pública, 2019.)

Dentro de los citados grupos se encuentran las entidades estatales no cobijadas por el Estatuto General de la Contratación Pública, detalladas en la recopilación efectuada en primero momento por Pino (2005), trabajo actualizado por Ballesteros Serpa (2013) y posteriormente citado por Mejía (2017), las cuales, manejan un régimen de contratación especial por la misión que desarrollan, permitiéndoles competir con los particulares, basados en los postulados constitucionales de la libre competencia y el modelo de economía social de mercado, colocándose así el Estado al nivel de los particulares para el desarrollo de ciertas actividades, propendiendo por el desarrollo del país.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado mayoritariamente en contra de la facultad de imposición de sanciones pecuniarias por parte de las entidades con régimen especial de contratación, como se analizará en el capítulo siguiente, por lo que

en apego al principio de legalidad no existe fundamento normativo para la imposición de sanciones pecuniarias por parte de estas entidades, siendo imperante para los operadores administrativos actuar guiado por la ley.

2.2. Facultades unilaterales en los contratos de derecho privado

En lo que respecta a los contratos en el ámbito del derecho privado la principal fuente de sus obligaciones es el acuerdo de voluntades, sin embargo, se plantea como otras fuentes adicionales la voluntad unilateral, la ley o la sentencia judicial. (Osterling &Castillo, 2003)

En lo que respecta a la voluntad unilateral, Demoge (citado por Osterling & Castillo, 2003), considera que al crear obligaciones unilaterales se pueden establecer penas, que van inmersas en ese tipo de obligaciones, tal como ocurre con los legados, documentos al portador. (p. 2505), posición mantenida por Kemelmajer (Citada por Osterling & Castillo, 2003), quien admite que *“la cláusula penal pueda emanar de acto jurídico inter vivos unilaterales”* (p. 2505)

En posición contraria se encuentra Busso (citado por Osterling & Castillo, 2003), quien se opone a la unilateralidad del efecto de las obligaciones en general, al considerar que ningún particular tiene el poder punitivo de producir tal efecto jurídico. (p. 2506)

La posición sostenida por Busso evidentemente desconoce la existencia de obligaciones que llevan de manera implícita la unilateralidad para la declaratoria de efectos, dejando de lado incluso la autonomía de la voluntad de las partes para su inclusión en los contratos, desconociendo también figuras jurídicas de tendencia civilista como el pacto comisorio o la condición resolutoria.

En respeto al principio de legalidad, la doctrina alemana reconoce la necesidad de actuar al amparo de la ley en los contratos administrativos de derecho privado, restringiendo la facultad de discrecionalidad de las partes, al respecto Singh (1985), señala:

La libertad y la autonomía que disfrutaban las partes en un contrato privado con respecto al contenido de un contrato no están disponibles para las partes en los contratos administrativos. (...) Deben observarse algunos límites para que un contrato administrativo no se convierta en una pura negociación sobre la cuestión de beneficios recíprocos. El requisito de legalidad conlleva tales límites. A través de un contrato, la administración no puede ampliar sus poderes y hacer cosas que de lo contrario no está autorizada a hacer. Por lo tanto, como todos los demás actos de la administración, un contrato administrativo también debe contar con su apoyo legal. (p. 51)

Frente al anterior postulado, no se comparte el respaldo de la imposición de límites a la actuación contractual para restringir los beneficios recíprocos, tal apreciación se aleja de la filosofía misma de la contratación estatal, no obstante, es imperante la necesidad de dar aplicación al principio de legalidad, pero en búsqueda precisamente de la consecución de los fines que motivan la contratación.

Precisamente, la Constitución Política de Colombia, establece que los servidores públicos están obligados a cumplir la Constitución, la ley, respondiendo así por infringirlas y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art.122), bajo este precepto, toda actuación que realice en materia contractual debe encontrar respaldo en la ley.

En nuestro ordenamiento legal existe amparo para la realización de facultades unilaterales, tal es el caso del artículo 1935 del Código Civil en el cual se establece que el pacto comisorio puede presentarse cuando no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta, pudiendo este pactarse ipso facto.

No obstante, también se faculta a la resolución de los contratos bilaterales, estableciendo que en ellos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, es decir que opera con independencia de su inclusión como cláusula contractual, esta ópera por mandato legal. (art. 1546 Código Civil)

La unilateralidad en nuestro contexto también resulta factible para la modificación del contrato, en las condiciones extraídas por Rengifo (2014), así:

En el derecho colombiano la proscripción de la modificación unilateral del acuerdo sigue siendo la regla, aunque no parece ser absoluta. Ella se da en la contratación bancaria gobernada por tipos contractuales uniformes y estandarizados cuyos clausulados deben ser previamente aprobados por la Superintendencia Financiera (...) Además, modificaciones unilaterales, es decir, aquellas que no están previamente convenidas por las partes pueden darse bajo ciertas y especiales circunstancias en contratos de larga duración (y especialmente en contratos de distribución). (Pp 101-102)

Aunado a lo anterior, la determinación del precio en los contratos por una de las partes tiene su respaldo a la luz de los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, la Convención de Viena y el Proyecto de Marco Común de Referencia de 2008 (Rengifo, 2014), permitiendo con ello la determinación del precio, para

cualquier tipo de contrato, por una de las partes o por un tercero e incluso cuando las partes han hecho referencia a un factor que no existe, siempre y cuando se realice con base en el criterio protector del precio razonable (p. 43)

Por regla general los contratos se celebran para ser cumplidos, al existir un interés de las partes que lo integra, no resulta sano para el acreedor ante la presencia de incumplimiento de las prestaciones contractuales, continuar con una relación que al vencimiento del plazo convenido se materialice en la no ejecución del objeto contractual. En palabras de González (2014), en prologo efectuado al libro de Rengifo (2017) “Al lado de los intereses de los contratantes, a cuya disposición sirve de vehículo, están los de la sociedad y, por supuesto, los de la economía”. (Prologo)

Por fortuna, el principal organismo de la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado frente a la posibilidad de convenir potestades unilaterales a través de la autonomía de la voluntad de las partes, amparados en los acuerdos contractuales, Corte Suprema de Justicia (2011):

Empero, se itera, la terminación unilateral del contrato, es excepcional, requiere texto legal o contractual expreso, excluye analogía legis o iuris, debe aplicarse e interpretarse estrictamente, y cuando su origen es negocial, las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordarla sujetas al ordenamiento, normas imperativas, ius cogens, buenas costumbres, simetría, equilibrio o reciprocidad de la relación, sin abuso de índole alguna, en los casos y contratos en los cuales la ley no la prohíba o excluya. (Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 de 2011)

Argumento que ha sido sostenido también por el Consejo de Estado, quien reconoce la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por

el derecho privado, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo. (Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia 41783 de 2016)

Se debe reconocer que nuestro derecho positivo, bajo un espectro de interpretación ampliado, comienza a dar una mira diferente a los efectos de las obligaciones contractuales y aprecia las figuras jurídicas del Código Civil con apego a las actuales relaciones contractuales que imperan en el mundo y más en la contratación estatal, empieza a entender que ante un incumplimiento, la imposición de un castigo al deudor no resulta ser lo principal, lo principal es cumplir la finalidad que motiva el proceso de contratación y que queda definida desde el estudio previo que antecede al contrato.

No obstante, esta facultad unilateral se refuerza a través de los Principios Latinoamericanos De Derecho De Los Contratos, como criterios orientadores, los cuales se han instituido para ser modelo de reformas en países que lo ameriten. (De la Maza, 2017)

Para el caso concreto estos principios consienten en la resolución de los contratos por incumplimiento, bajo tres posibilidades a saber: (1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial. (2) El incumplimiento recíproco no impide la resolución del contrato. (3) La resolución puede ser judicial o por comunicación. (art. 97)

Reconociendo de manera expresa la posibilidad del acreedor a terminar el contrato mediante comunicación al deudor, siendo una facultad unilateral que produce efectos desde su recepción (art. 98)

Por lo anterior, en los contratos de derecho privado suscritos en el contexto colombiano, es posible que una de las partes ostente potestades unilaterales, en virtud de las facultades dadas por las normas de rango superior y por sus criterios orientadores o soft law, respetando de esta manera el principio de legalidad.

3. Principios vinculados a la imposición de la Cláusula Penal en la jurisprudencia del Consejo de Estado

La integración de la jurisprudencia al derecho positivo conlleva a que las autoridades administrativas tengan la obligación imperante de acatar la interpretación judicial, por lo que el aporte jurisprudencial en el desarrollo de la cláusula penal ha sido la piedra angular para fundamentar las decisiones que se emiten al respecto.

A hora bien, la interpretación judicial emitida en los últimos 15 años ha reflejado los cambios presentados en la economía y en el mercado mundial, lo cual ha irrumpido en la contratación estatal quien se encuentra directamente involucrada con los acuerdos comerciales internacionales, de igual forma, la jurisprudencia se ha nutrido de la doctrina nacional e internacional en materia de regulación de las relaciones contractuales, pretendiendo llegar a la integración o unificación de las relaciones haciendo más participativo el mercado de bienes y servicios.

La propensión de la jurisprudencia en especial del máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha sido el reproche de la imposición de la cláusula penal pecuniaria de manera unilateral por parte de las entidades con régimen especial de contratación fundado en el principio de legalidad, pero por otro lado, ha aceptado la facultad unilateral de sanción pecuniaria

dando prevalencia a la autonomía de la voluntad, con lo que se ponen en tensión dos principios fundamentales del derecho.

Analizar estas dos posiciones respecto a los mecanismos de imposición de la cláusula penal permite conocer la evolución en la interpretación frente al contexto social y de mercado.

3.1. El principio de legalidad

Antes de analizar la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, y con base en los antecedentes normativos de la cláusula penal en la contratación pública, el argumento predominante en vigencia del Decreto 222 de 1983 fue la posibilidad de declaratoria de incumplimiento, no solo para la declaratoria de caducidad, sino también para la imposición unilateralmente la cláusula penal en caso de incumplimiento. (Consejo de Estado, Sentencia 3615 de 1988), contexto jurisprudencial que reconoció la aplicación del principio de legalidad, fundado en su marco constitucional, el cual como se ha señalado en líneas anteriores amparó este procedimiento.

Aun así, la parte dogmática de la constitución a partir de 1991, se convirtió en el elemento esencial para la interpretación de casos y adopción de decisiones por parte de las diferentes jurisdicciones, siendo imperante el respeto al principio de legalidad por parte de los servidores públicos y por ende elemento primordial en el desarrollo de su actividad funcional, ante lo cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución, la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, ya que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. (art. 6)

Precisamente, el Consejo de Estado a través de jurisprudencia mayoritaria estableció que toda imposición de sanción unilateral por parte de las entidades con régimen privado de contratación resulta viciada de nulidad, tal como sucede en el proceso adelantado por OPUS INGENIERÍA LTDA contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, por medio del cual se suspendió el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento que hizo efectiva la cláusula penal. (Auto 8501, Consejo de Estado, 2005)

Aun así, en el proceso adelantado por la Sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas - CONIC S.A. contra el Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaria de Obras Publicas del Distrito Capital de Bogotá – FOSOP, en contra del acto administrativo de imposición de sanción emitido en el año 1995, el Consejo de Estado abrió la posibilidad de pactar contractualmente la cláusula penal, pero reiteró la imposibilidad de asemejarlas a una facultad excepcional, y menos aún imponerla de manera unilateral por parte de la administración (Sentencia 14579 de 2005).

Más adelante, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B en pronunciamiento del 2011, en el que resuelve una demanda de controversias contractuales presentada por Confianza SA en contra de Telecafe Ltda, en su calidad de empresa industrial y comercial del Estado, con base en la ejecución de un contrato suscrito en el año 1993, en el que se impuso unilateralmente una cláusula penal, el Consejo de Estado manifestó que resulta “insólita” dicha actuación al tratarse de contratos celebrados en un contexto de derecho privado, al derivar de una relación entre iguales regidos por el Código Civil y el Código de Comercio, sin embargo por autonomía de la voluntad de las partes pueden pactar sanciones, pero no imponerlas, lo cual expresa con el siguiente argumento:

No contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las

controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento. (Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia 15476 de 2011)

En el año 2014 la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de un proceso de controversias contractuales, en el que se pretendía la nulidad de un acto administrativo de imposición de clausula penal y de terminación unilateral, impuesto por Ecopetrol SA, sociedad de economía mixta en contra de su contratista Unión Temporal Manolo Arteaga, en ejecución de un contrato suscrito en el año 2008, acogió la literalidad del contenido de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para resaltar que lo contenido en dichas normas aplica solamente para las entidades sometidas al mismo Estatuto General de la Contratación Estatal.

Por lo que en el contexto de las relaciones reguladas por el derecho privado no resulta procedente tal facultad, motivo adicional para afirmar que las cláusulas excepcionales al derecho común serían inoperantes en las relaciones contractuales de índole privado en las que no exista habilitación legal. (Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia 45310 de 2014), de esta manera se apartó de lo señalado por la corporación en decisión 14579 el año 2005, en donde exaltó la independencia de la cláusula penal a las facultades excepcionales de la administración.

No obstante, pronunciamientos como el anterior asimilan la cláusula penal pecuniaria a una facultad excepcional al provenir de la unilateralidad de la administración, señalando que solo podían ser aplicadas por las entidades estatales cobijadas por la Ley 80 de 1993 y por las entidades públicas con régimen especial, siempre que tuvieran facultades excepcionales, limitando con ello la posibilidad de ser utilizadas por el resto de las entidades con regímenes especiales.

Sin embargo, se trata de interpretaciones aisladas, puesto que la cláusula penal es una figura independiente a las facultades excepcionales de la Ley 80 de 1993, existiendo “diferencia sustancial, por la naturaleza de los actos mediante los cuales se ejercen y los efectos que de ellos se deriva” (Consejo de Estado, Sentencia 37607 de 2015)

Al respecto, según lo manifestado por la tratadista Palacio Jaramillo (2004), *“No debe perderse de vista que la unilateralidad y la exorbitancia no son términos sinónimos. Todo lo exorbitante es unilateral pero no todo lo unilateral es exorbitante”* (p. 103), lo anterior, fue entendido por el Consejo de Estado en varias de sus decisiones, en donde claramente reconoció la independencia de la cláusula penal, como figura autónoma del derecho privado aplicable en la contratación estatal.

Una vez, diferenciadas las facultades unilaterales frente a las cláusulas excepcionales al derecho común, la subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de controversias contractuales impetrado por José Trespalacios Arrazola en contra de Empresa De Telecomunicaciones de Bogotá -E.T.B, por la imposición de una multa tendiente a la conminación de las obligaciones del contrato suscrito en 1994, manifestó:

En aquellos contratos gobernados por el derecho privado (...) las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad. (Consejo de Estado, Subsección A, Sentencia 29165 de 2014)

En esta decisión se reconoce el plano de igualdad entre los particulares y entidades con régimen especial, lo cual viene a ser el considerando imperante en decisiones posteriores, precisamente la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento del 19 de junio de 2019 al marco de la demanda presentada por Liberty Seguros S.A. en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, por la decisión emitida en el año 2008 en donde declaró de manera unilateral, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así como la orden de adelantar los trámites requeridos para el cobro, al garante, de los amparos respectivos.

De conformidad con su parte considerativa, se apartó de la posición que en su momento tuvo dirigida a respaldar la declaratoria unilateral del siniestro cuando se materializa un riesgo cubierto por la garantía, incluso para las entidades estatales regidas por el derecho privado, en amparo del artículo 68 numerales 4 y 5, del Código Contencioso Administrativo y en su lugar considero, que:

Una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos de derecho privado, así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios. (Consejo de Estado, Subsección B, Sección Tercera, Sentencia 39800 de 2019)

Por lo anterior, la posición del Consejo de Estado en vigencia de la Ley 80 de 1993, a través de las subsecciones B y A de la Sección Tercera amparadas en el principio de legalidad no consienten en las facultades unilaterales por parte de las entidades exceptuadas, existiendo apego a las normas de derecho privado para resolver las decisiones presentadas, llamando la atención lo señalado por la Subsección B, por medio de la cual ante un incumplimiento del contrato, refiere que es la aseguradora

la encargada de resolver la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios, actuación que tiene respaldo en el artículo 1077 del Código de Comercio.

3.2. El principio de la autonomía de la voluntad

A pesar de existir una posición mayoritaria en la jurisprudencia del Consejo de Estado han existido momentos en que su interpretación tradicional brinda relevancia a la libertad contractual de las partes.

El caso emblemático para esta interpretación es el sostenido por la Subsección C del Consejo de Estado en el caso Ecopetrol contra Caribbean And Services, en donde Ecopetrol adelantó acción contractual para la declaratoria de incumplimiento del contrato y el pago de perjuicios por contrato suscrito en el año 1993, en concreto, el Consejo de Estado señaló que las facultades sancionatorias unilaterales permiten la descongestión de la administración de justicia, al permitirle directamente a la administración resolver la controversia, considerando como válidas las facultades unilaterales controvertidas en el proceso, siendo necesario para su validez el no conllevar abuso del poder o de la posición dominante, debiendo ser razonadas. (Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia 41783 de 2016)

Esta decisión fue susceptible de salvamento de voto por parte del C.P Jaime Enrique Rodríguez Navas, quien argumentó que no resulta viable aplicar unilateralmente facultades no consagradas de manera expresa en la ley y menos aún sin contar con el consentimiento de la Comisión de Regulación, en tratándose de temas de servicios públicos, basa su posición en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994,

por lo que con ello se arraiga a darle prevalencia al principio de legalidad enmarcando la autonomía de la voluntad al principio de legalidad mismo a través de la legislación civil y comercial vigente.

A su vez, la decisión presentó aclaración de voto por parte del consejero Guillermo Sánchez Luque, quien reflejó su desacuerdo frente a las consideraciones del fallo, al aducir que en el sistema ius privatista, de manera expresa se requiere de la mediación judicial para proferir este tipo de decisiones.

Como se aprecia, la interpretación de dar prevalencia a la autonomía de la voluntad para amparar las facultades unilaterales en el derecho privado, es la posición minoritaria del Consejo de Estado, incluso al interior de la misma Subsección C de la Sección Tercera, existiendo posiciones encontradas frente a la necesidad de darle prevalencia al principio de legalidad y a la naturaleza misma del derecho civil, sin embargo, este argumento de interpretación se ha mantenido en otras decisiones de la misma subsección, como es el caso de la decisión 56562 del 2017, en donde se analizó la nulidad de la multa impuesta en el año 2001 por Empresas Públicas de Medellín contra Ariel Aguirre Ocampo.

Es innegable el reconocimiento que pretende efectuar la jurisprudencia a este tipo de facultades unilaterales, en especial la relacionada con la terminación unilateral del contrato, argumento principal de la decisión 41783 de 2016, en donde resalta que:

A la luz del Derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento en las previsiones legales que gobiernan la materia. Tal es el caso, entre otros, de los contratos de compraventa (art. 1882 del C.C.), arrendamiento de cosas (arts. 1983 y 1984 del C.C.), contrato de suministro (art. 973 del C.Co.), agencia comercial (art. 1325 del C.Co.), mandato (art. 2185 del C.C. y

1279 del C.Co.) y cajillas de seguridad (art. 1420 del C.Co). (Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia 41783 de 2016)

Igual sustento, ha sido adoptado por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento del 19 de junio de 2019, en donde a pesar de no reconocer la facultad unilateral para la imposición de las cláusulas penales si admite la terminación unilateral del contrato, así:

La terminación unilateral es una facultad que le permite a un extremo de la relación contractual, ante el incumplimiento de su contraparte, dar por terminado el contrato, sin necesidad de acudir al juez. Las disposiciones civiles y comerciales contienen algunos ejemplos de terminaciones unilaterales, como el que consagra el artículo 973 del Código de Comercio, para el caso de un contrato de suministro cuyo incumplimiento le haya causado perjuicios graves a una parte, o un ejemplo de “terminación automática”, como la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la póliza (artículo 1068 del Código de Comercio), a lo que se suman otros ejemplos contenidos en los artículos 1325, 1279 y 1420 del Código de Comercio. (Consejo de Estado, Subsección B, Sección Tercera, Sentencia 39800 de 2019)

No obstante, en lo que respecta a la aclaración de voto realizada por el consejero de estado Guillermo Sánchez Luque, la mediación judicial cuenta con el respaldo de la doctrina privatista nacional, quien a su vez admite las facultades unilaterales bajo el amparo legal, reconociendo así la posibilidad de adelantar la acción ejecutiva para solicitar el cumplimiento de la obligación original y otra declarativa mediante pretensiones principales y subsidiarias, con las cuales se puede solicitar el cumplimiento o terminación del contrato, siempre que la tipología contractual no encuentre respaldo

para aplicar esta última de manera unilateral. (Rengifo, 2017), y a la vez solicitar la indemnización de perjuicios, donde se daría cabida a la imposición de la cláusula penal.

Actuación que se encuentra respaldada en el soft law a través de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, en donde luego de señalar que parece desmedida la intervención del juez al facultarlo para “adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe”, su injerencia se ve justificada en el hecho de “asumir un contrato que no merece ser obligatorio, dado el desequilibrio que proporciona a un contratante la ventaja desmedida frente al otro”. (De la Maza, 2017)

Lo anterior, refleja que la jurisprudencia prevaleciente en nuestro contexto nacional se encuentra amparada por los principios internacionales orientadores en materia de contratación, a través de los cuales se busca dar un trato similar a la contratación interna de los países para facilitar las relaciones de mercado entre particulares y entre estos con el mismo estado, principios que han establecido unos medios de tutela a favor del acreedor para proteger sus intereses en caso de incumplimiento, tales como:

- (1) En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela: (a) Cumplimiento específico, (b) Reducción del precio, (c) Resolución del contrato, (d) Suspensión del cumplimiento, e (e) Indemnización de perjuicios. (2) La indemnización de perjuicios puede ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela. (art. 91)

De esta manera a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos consagran la posibilidad de reclamar de manera autónoma la indemnización de perjuicios que involucraría la

cláusula penal, al tratarse de tasación anticipada de perjuicios, sin que medie como pretensión principal la terminación o resolución del contrato, sin consentir en la imposición unilateral de la cláusula penal.

Aunado a lo anterior, los precitados medios de tutela contenidos en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos no resultan ser los únicos, ya que nuestra legislación interna presenta figuras adicionales que permiten garantizar los intereses del acreedor, tal es el caso de la cesión del contrato, contenida en el Código de Comercio con la siguiente literalidad:

“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”. (art. 887).

Esta figura del derecho privado llega al contrato por autonomía de la voluntad de las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil y se materializa de conformidad con las estipulaciones convenidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 887 y S.S del Código de Comercio, sin necesidad de mediar decisión judicial, por lo que luego de cedida la posición contractual, el cesionario asume la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones contractuales a ejecutar luego de la cesión, pudiendo la entidad continuar con el trámite de incumplimiento contra el cedente, por el incumplimiento ocasionado cuando era contratista (Colombia Compra Eficiente, 2019). A la vez,

tal como lo establece el artículo 893 de la misma normatividad puede mediar la reserva de no liberar al cedente.

Así las cosas, en desarrollo de los principios de legalidad y autonomía de la voluntad es posible incluir dentro de los contratos, cláusulas que blinden su ejecución ante posibles incumplimientos, permitiendo adelantar el procedimiento establecido para la imposición de la cláusula penal.

Conclusiones

1.- El hombre ha sentido la necesidad de regular las relaciones humanas, en aras de buscar el cumplimiento de las obligaciones, en primer momento a través de reproches de conciencia y posteriormente a través de instituciones codificadas, sin embargo, fue en el derecho Romano, en donde se estructuró la institución de la cláusula penal y precisamente varios de los elementos que quedaron plasmados en sus primeras compilaciones normativas, perduran hasta nuestros días.

A pesar de lo anterior, el principal cambio que sufrió la institución de la cláusula penal fue su naturaleza jurídica, ya que en el derecho Romano se consideró como una cláusula condicional, al depender del cumplimiento de una condición para su materialización, para llegar a ser considerada como cláusula accesoria, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia actual, como ocurre en nuestra legislación.

En tal sentido, al celebrar el contrato las partes pueden pactar por autonomía privada la cláusula penal como un reforzamiento del cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, convirtiéndose así en un mecanismo de tutela a favor de éste, por lo que desde el momento de la celebración del contrato las partes conocen el grado de afectación patrimonial ante la no obtención de los resultados.

El análisis doctrinario de la cláusula penal pecuniaria, presenta varias funciones, al particular se resalta la función compensatoria y moratoria, que en sí mismas encierran los alcances de las demás funciones definidas por la doctrina, en la primera de estas ante el incumplimiento de la obligación principal puede pactarse el pago de una indemnización y en la moratoria se exige el pago de una

sanción por el simple retardo, siendo posible paralelamente exigir el cumplimiento de la obligación principal, atendiendo a su función acumulativa.

A su vez, la proporcionalidad es un elemento importante para su validez, máxime en tratándose de una función compensatoria, por lo que la mediación del juez resulta necesaria en aras de moderar la pena, en los eventos en que se cumpla parte de la obligación principal, logrando así su proporcionalidad.

En el common law la cláusula penal en su connotación de pena es una actividad prohibida, al no ser esta la intención que motivó a las partes de la relación contractual a vincularse, en lo que respecta al sistema continental, resulta válido exigir el pago de indemnización o pena, sin embargo, debe existir proporcionalidad frente a lo ejecutado y la tasación de esta cláusula.

Para dirimir esta diferencia respecto al alcance de la institución jurídica, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional reconoció la necesidad de acordar en los contratos una suma de dinero ante el incumplimiento contractual, dejando en libertad a los estados para aplicar su legislación interna en las relaciones comerciales que realice.

Sin embargo, con independencia del sistema jurídico la figura de la mediación judicial está presente con el objetivo de analizar el desarrollo de la ejecución contractual y con ello establecer si lo convenido resulta justo o no frente a la realidad acaecida.

2.- El derecho privado es la fuente de los regímenes de contratación pública, siendo reconocido por la legislación imperante en vigencia de la constitución de 1886 y la Constitución Política de

Colombia de 1991, debiendo resaltar la importancia de la Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano, que perdura hasta nuestros días, en el que se basaron las regulaciones de las relaciones contractuales generadas con posterioridad. De esta manera, existieron aportes importantes que permitieron obtener el derecho que en la actualidad gozamos.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 reconoció la existencia de dos regímenes de contratación estatal, agrupados por su naturaleza jurídica, que se rigen por “las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (art. 13), de esta manera la norma general a ser aplicada en la contratación del estado es la comercial y civil, siendo factible su aplicación para ambos regímenes y la norma específica los postulados del Estatuto General de la Contratación Estatal con incidencia en las entidades por ella cobijadas, clasificación que ya había sido considerada por la legislación anterior.

Es innegable que en el contexto de la Ley 80 de 1993 la supremacía del estado frente al particular conlleva el ejercicio de las facultades excepcionales al derecho privado, las cuales fueron expresamente detalladas en su artículo 15 y S.S, sin embargo, a través de la Ley 1150 de 2007 se instituyó la figura de la cláusula penal como una facultad unilateral de la administración, ajena a las facultades excepcionales.

Precisamente, en las relaciones civiles y mercantiles es dable utilizar las facultades unilaterales, las cuales se irradian en el principio de autonomía de la voluntad enmarcadas siempre al principio de legalidad, permitiendo con ello resolver situaciones de manera eficiente, sin la necesidad de acudir al juez del contrato, resaltando que existen figuras que han tenido un mayor desarrollo tanto legal como jurisprudencial frente a otras.

Tal es el caso del pacto comisorio o la condición resolutoria, figura dirigida a la terminación del contrato por incumplimiento, por lo que del análisis legal, jurisprudencial y de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos se puede establecer que la principal facultad unilateral en los contratos de derecho privado es la resolución o terminación unilateral de la relación negocial por incumplimiento de las prestaciones u obligaciones contractuales, sin que esto impida la aplicación de otras figuras unilaterales como la determinación del precio, el cual ha sido desarrollado por el derecho europeo.

Como quedó soportado en nuestro contexto nacional existe la posibilidad de pactar facultades unilaterales en los contratos de derecho privado, figuras de las cuales pueden hacer uso las entidades estatales con régimen especial de contratación para llevar a feliz término la ejecución de sus contratos y cumplir con el cometido estatal.

3.- Al constituirse la imposición de la cláusula penal pecuniaria en una sanción, es necesario que exista apego al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que reza “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 29).

Del análisis jurisprudencial efectuado se pudo concluir que no existe sentencia de unificación que permita ser considerada como precedente judicial al tenor de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, pese a ello, la ratio decidendi emitida en las diferentes decisiones de la Sección

Tercera del Consejo de Estado confluyen de manera ampliada en dar prevalencia del principio de legalidad, equiparando esta decisión a la parte dogmática de la Constitución Política de 1991.

De manera aislada la cláusula penal pecuniaria fue asimilada a las facultades excepcionales al derecho privado integrando a estas las facultades unilaterales, sin embargo, con posterioridad se dejó claro que todo lo unilateral no es exorbitancia, por lo que dentro de las causales de exorbitancia no puede ser incluida la cláusula penal, al tratarse de una figura que deviene del derecho privado y no del derecho administrativo, por lo que se trata de elementos diferentes.

Conllevando a que el uso de las facultades excepcionales por parte de las entidades exceptuadas solo pueda ejercerse con el consentimiento de la ley, tal como ocurre con las empresas de servicios domiciliarios a través de la Ley 142 de 1998 y las empresas sociales del estado por medio de la Ley 100 de 1993, a quien su norma de creación les permite tal facultad, resaltando su independencia frente a las facultades unilaterales.

Además, pese a las aminoradas decisiones que reconocen la legalidad de la unilateralidad de la imposición de sanciones pecuniarias, basada en la autonomía de la voluntad de las partes, estas decisiones reconocen la preponderancia de los intereses y finalidades que cumple la administración en sus contratos privados, sin embargo ante la exclusión del ámbito de aplicación de Ley 80 de 1993 para varias de las entidades estatales, deben ser reconocidas al mismo nivel de los particulares en sus relaciones contractuales.

A su vez la jurisprudencia reconoce que existen facultades unilaterales aplicables en el derecho privado, siendo su mayor exponente la resolución o terminación del contrato, a la luz de lo instituido

en el Código Civil en donde se consagra la regla de derecho *pacta sunt servanda* en donde “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. (art. 1602)

Bajo este precepto general se permite que por el consentimiento mutuo, un contrato pueda quedar sin efecto, sin embargo, se requiere de autorización particular dependiendo de la tipología del contrato, tal como lo permite el Código Civil para las siguientes tipologías contractuales: Contrato de mandato (art. 2185 y 1279 del C.Co), Contratos de Compraventa (art. 1882 del C.C.), Contrato de depósito (artículo 2251), arrendamiento de cosas (arts. 1983 y 1984 del C.C.) y el Código de Comercio así: Contrato de suministro (art. 977), contrato de suministro (art. 973 del C.Co.), agencia comercial (art. 1325 del C.Co.), cajillas de seguridad (art. 1420 del C.Co), contrato de seguro (artículo 1068), entre otros.

Este argumento jurídico se equipará a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, el cual pretende guiar el desarrollo normativo de los países de la región, dando la posibilidad expresa de efectuar la terminación de los contratos a través de comunicación del acreedor al deudor.

A su vez, en aplicación de la autonomía de la voluntad, es posible incluir dentro del contrato estatal regido por el derecho privado la figura de la cesión, a través de la cual se puede continuar con la ejecución del contrato, pero a cargo de otro contratista, y frente a la parte cedente se puede adelantar el trámite de imposición de sanción pecuniaria de cláusula penal, ante el evento de incumplimiento, permitiendo con ello la normal ejecución del contrato.

4.- En la actualidad no existe norma que establezca para los contratos estatales de derecho privado, la obligación de incluir la cláusula penal pecuniaria, como en un momento lo hizo el Decreto 150 de 1976 y menos aún existe reconocimiento expreso, que brinde la posibilidad de ejercer la unilateralidad de imposición de la cláusula penal pecuniaria.

Aun así, dentro de los mecanismos que pueden emplear las entidades estatales de derecho privado en materia de contratación estatal para la imposición de la cláusula penal pecuniaria, se encuentra la mediación judicial, para lo cual el juez del contrato debe analizar la causa de la obligación que va desde la formación previa del contrato hasta su ejecución, para valorar no solamente la cuantía de la pena, sino para apreciar la finalidad de la administración en la celebración del contrato objeto de la litis.

Hay que señalar que previo al agotamiento de la vía judicial en aplicación de la Ley 640 de 2001 la administración debe hacer uso de la conciliación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en donde es posible llegar a acuerdos con la parte incumplida.

Al acudir a la vía jurisdiccional se puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación, o en su defecto la resolución o terminación unilateral del contrato (siempre que la tipología contractual no cuente con respaldo ejercer esta facultad de manera unilateral) y la imposición de la cláusula penal, a su vez siguiendo los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, es posible de manera autónoma solicitar la imposición de la cláusula penal.

Aun así, antes de iniciar la acción judicial, la entidad pública debe tener presente que la utilización de este mecanismo le conllevará un tiempo relevante dentro del cual la situación del

contrato estará en vilo, al igual que el interés de los particulares en la ejecución del contrato, sin embargo, es una consecuencia que debe ser asumida por la administración.

Siguiendo la jurisprudencia del Contencioso Administrativo y lo establecido en el Código de Comercio existe la posibilidad por parte de la entidad estatal de demostrar ante la aseguradora el siniestro por incumplimiento y por ende demostrar la cuantía de la pérdida si fuere el caso (art. 1077), sin embargo, es innegable que, en materia de contratación estatal las aseguradoras amparadas en esta misma norma se excluyen de responsabilidad.

A su vez, existe la posibilidad para las entidades exceptuadas de efectuar la terminación unilateral del contrato, en tratándose de tipologías contractuales que gozan de tal facultad y proceder paralelamente a adelantar el proceso judicial para la imposición de la cláusula penal, proceso dentro del cual podría la entidad reclamar un perjuicio mayor al pactado, este último siempre que haya sido convenido contractualmente.

El elemento principal que debe ser considerado por los operadores administrativos antes de aplicar determinado mecanismo jurídico de imposición de la cláusula penal, debe ser la búsqueda de la consecución de los fines constitucionales que conlleva la contratación, adoptando así la decisión que mejor convenga en pro de resolver el conflicto contractual dando cumplimiento a los fines de la función administrativa, pudiendo considerar paralelamente la cesión del contrato para dar paso a un nuevo contratista que cuente con las condiciones requeridas para su ejecución y finalización, pudiendo paralelamente adelantar la actuación judicial en contra del cedente, en pro a la imposición de la cláusula penal ante un eventual incumplimiento.

Así las cosas, las entidades estatales de derecho privado en materia de contratación estatal, cuentan con los mecanismos jurídicos antes señalados para la imposición de la cláusula penal pecuniaria, los cuales le permiten ajustar su actuación a la legalidad, evitar la declaratoria de nulidad de sus decisiones, lograr la correcta ejecución del contrato y satisfacer el interés general, fin último de la contratación estatal.

Referencias

Autores

- Alterini, A. (1998). *Derecho de las obligaciones y civiles comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ballesteros, S.C (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado* (Tesis de Maestría). Recuperado de la base de datos Core.ac. (Acceso No. 86444439)
- Baraona, J (1997). *La exigibilidad de las obligaciones: Noción y principales presupuestos*. Revista Chilena de Derecho. pp. 503-523. Recuperado de <https://Dialnet.unirioja.es>
- Baron, G.A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico*. Colombia: Ediciones de la U
- Benavides, J. (2007). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado (Segunda Edición)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bianca, C. (2007). *Derecho Civil Tomo III: El Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Buitrago, Y.M. (2014). *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial* (Tesis de Maestría). Recuperada de <http://bdigital.unal.edu.co/40002/1/7176361.2014.pdf>
- Castillo, O. &. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrari, V. (2014). *Funciones del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fierro, R. (2013). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Garamendi, E. D. (1854). *Teoría de las obligaciones en derecho civil*. Madrid: Fundación y Librería de Eusebio Aguado.
- García, I. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Valencia.
- Gil, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá : Temis.

- Gomez, E. (2007). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F (2016). *Tutela del Acreedor Frente al deudor Incumplido*. Revista de Derecho Privado No. 31. Pp. 5-21.
- Jojoa, A. (2014). *Los regimenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá: Ibañez.
- Lexology (2008). Reed Smith. *liquidated damages and penalty clauses: a civil law versus common law comparison*. Recuperado de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d413e9e1-6489-439e-82b9-246779648efb>
- Lobato, J. (1974). *La cláusula penal en el derecho español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Maza, I. (2017). *Los Principios Latinoamericanos De Derecho De Los Contratos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado
- McKenna, J. (2008). *The Critical Path*. Reed Smith. Spring 2008. pp 6. Recuperado de <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/6eb893ea-df3d-41a7-8aa4-1047eb830da8.pdf>
- Mejía, A (2017). *Regímenes especiales de contratación en el sector público*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Montero, A.J. (2011). *Derecho y moral: estudio introductorio*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Najar, J. E. (2003). *Alcance y límites de las potestades*. Revista Universidad Javeriana, 1-86. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14805>
- Navas, J. A. (2007). *El Imperio de la Constitución y el precedente constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

- Ordoñez, A. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Orlando, J. (2010). *Contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Palacios, O.S. (2015). *La imposición de las multas pactadas en el contrato estatal interadministrativo como facultad convencional de la entidad pública contratante* (Tesis de Maestría). Recuperada de <http://bdigital.unal.edu.co/50129/1/TRABAJO%20FINAL%20VERSION%20ENTREGA%20BIBLIOTECA.pdf>
- Paricio, J. (2010). *Una Historia del Contrato en la Jurisprudencia Romana*. Palermo: Gennaio.
- Pascual, J. J. (2014). *La actividad administrativa de regulación: definición y regimen jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pascual, J. J. (2014). *La actividad administrativa de regulación : Definición y regimen jurídico*. Revista Digital de Derecho Administrativo, 1-44. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/3993/4294/>
- Peña, L. (2003). *De los contratos mercantiles*. Bogotá: Ediciones Universidad Católica de Colombia.
- Petit, E. (1999). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatros.
- Pinno, J (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. pp 26-68. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Rengifo, E (2014). *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Rengifo, E (2017). *Abuso en la ejecución forzosa del contrato*. Bogotá, Colombia: Escritos de derecho procesal. Universidad Externado de Colombia
- Reyes, L. (2012). *Derecho romano II*. Tlalnepantla, Mexico: Red Tercer Milenio.

- Santofimio, J. (2007). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Singh, M (1985). *Poderes administrativos: Contratos, leyes de derecho privado, actos reales y planificación*. En Derecho Administrativo Alemán. Berlín: Heidelberg
- Suarez, D. T. (2014). *Clausula de Multas y Penal Pecuniaria*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R Ltda.
- Troncoso, M.J (2013). *Los requisitos esenciales del contrato estatal: su protección penal e incidencia en la corrupción pública* (Tesis de Maestría). Recuperada de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1997/Troncosojeofrey2015.pdf>
- Velez, F. (2010). *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Imprenta Paris América.
- Veléz, L. J. (2001). *Derecho Romano, Historia del Derecho Romano, Sistema de Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Astrea.
- Yaya, C. (2002). *Práctica forense administrativa*. Bogotá: Legis.
- Younes, D. (1995). *Nuevo régimen del control fiscal*. Bogotá: Díké
- Zuluaga, T.R. (2016). *Las sanciones en los contratos de servicios petroleros* (Tesis de Maestría). Recuperada de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1822/Zuluagaricardo2016.pdf>

Normatividad

- Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente. *Respuesta a Consulta No. 4201913000000410*. Abril 01 de 2019.
- Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente. *Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación*. G-EEREC-01. Noviembre 18 de 2016.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2017). *Convención sobre las cláusulas contractuales para una suma acordada debido al incumplimiento*. Trigesimo octavo periodo de sesiones, suplemento No. 17 (A/38/17, anexos 1 y 2)

Colombia, Ley 57 de 1887. *Código Civil*. Abril 15 de 1887. Diario Oficial. Colombia.

Colombia. Decreto 1876 de 1994. *por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado*. Agosto 3 de 1994. Diario oficial núm. 41478.

Colombia, Congreso de la República de. (1992). Exposición de Motivos 80 de 1993. *Gaceta del Congreso*. Bogotá: Congreso de la República.

Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Congreso de la República de Colombia. Octubre 28 de 1993. Diario Oficial núm 41094.

Colombia. 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. Julio 16 de 2007. Diario Oficial núm 46691.

Colombia. Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1989. Diario Oficial núm 43.464.

Departamento Nacional de Planeación. Conpes 3816. Mejora normativa: Análisis de impacto. Octubre 2 de 2014

Francia. Ley del 21 de marzo de 1804. Code Civil des Français

Función Pública. (2019). entidades del Estado y sus principales características. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/entidades-del-estado-y-sus-principales-caracteristicas>

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto 8501 (C.P.: María Elena Giraldo Gomez. Febrero 10 de 2005)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 17936 (C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Octubre 10 de 2009)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14579 (C.P.: German Rodriguez Villamizar. Octubre 20 de 2005)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 15476 (C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Septiembre 28 de 2011)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 02181 (C.P.: Hernan Andrade Rincón. Marzo 29 de 2012)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 28875 (C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Septiembre 10 de 2014)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 27096 (C.P.: Hernan Andrade Rincón. Abril 30 de 2014)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 45310 (C.P.: Ramiro de Jesus Pazos Guerero. Febrero 20 de 2014)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 29165 (C.P.:Hernan Andrade Rincón. Noviembre 12 de 2014)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 00838 (C.P.:Crlos Alberto Zambrano Barrera. Febrero 05 de 2014)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 56562 (C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Febrero 20 de 2017)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 15011 de 2005. (C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Octubre 19 de 2005)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 3615 (Enero 29 de 1988)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A, Sentencia 54688 de 2018. (C.P.: Marta Nubia

Velásquez Rico. Julio 05 de 2018)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia 57122 de 2018. (C.P. Marta Nubia

Velásquez Rico. Agosto 02 de 2018)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 39800 de 2019 (C.P. Alberto Montaña

Plata. Junio 19 de 2019)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 20967 de 2012 (C.P. Ola Mélida Valle de la Hoz.

Octubre 22 de 2012)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia 37607 de 2015. (C.P.: Hernán Andrade

Rincón. Abril 29 de 2015)

Cancillería (2018). United Nations CNUDMI. Recuperado de

<https://www.cancilleria.gov.co/internacional/politica/economico/cnudmi>

Corte Constitucional. T-547 de 1993 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Noviembre 26 de 1993)

Corte Constitucional. T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Abril 04 de 2006)

Corte Constitucional. C-816 de 2011 (M.P.: Mauricio González Cuervo. Noviembre 01 de 2011).

Corte Constitucional. C-865 de 2004 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil de septiembre 07 de 2004)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 01242 de 2018 (M.P.: Octavio Augusto

Tejeiro Duque. Mayo 23 de 2018)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 de 2011
(M.P.: William Namén Vargas. Agosto 30 de 2011)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 417884 (M.P.: Manuel José Vargas. Febrero
21 de 1947).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia S-234 de 1986 (M.P.: José Alejandro
Bonivento Fernández. Octubre 23 de 1986).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia S-102-2002-7320. (M.P.: Silvio Fernando
Trejos Bueno. Junio 07 de 2002).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4607. (MP. Carlos Esteban Jaramillo. Mayo
23 de 1996).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3047-2018. (M.P Luis Alonso Rico Puerta.
Julio 31 de 2019)