FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

GARANTIAS – Finalidad

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, en los procesos de contratación pública la constitución de garantías, ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

MULTAS Y CLÁUSULA PENAL – Autonomía de la voluntad – Imposición unilateral

Las potestades exorbitantes del segundo grupo –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– son el resultado de una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007– se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida en que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de la autonomía de la voluntad y a la regulación de las normas civiles y comerciales.

DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – Potestad unilateral – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció de manera expresa que las entidades sometidas al EGCAP pueden adelantar ese procedimiento en los siguientes supuestos: 1) para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo. En cuanto a la declaración del incumplimiento es importante tener en cuenta la caducidad como potestad exorbitante que se aplica por un incumplimiento grave y tardío de ciertos tipos contractuales; 2) imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y 3) hacer efectiva la cláusula penal cuando haya sido pactada. En consecuencia, la Ley 1474 de 2011 atribuyó expresamente la competencia a las entidades para adelantar el procedimiento del artículo 86 en los tres supuestos antedichos, independientemente considerados.

Esto es congruente con la redacción de otros apartes del artículo, como es el caso del literal c) del artículo 86, según el cual mediante resolución motivada la entidad decidirá sobre "la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento" [Énfasis propio]. Así como con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, el cual estableció como documentos que prestan mérito ejecutivo en favor del Estado "[l]os contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad".

DECLARATORIA DE SINIESTRO – Artículo 86 – Ausencia de pacto de multas o cláusula penal – Cuantificación de perjuicios

En concordancia con lo explicado previamente, las entidades adelantarán el procedimiento establecido en el referido artículo 86 con el fin ejercer unilateralmente la potestad de imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal, cuando hayan sido incluidas en el contrato en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la facultad de aplicar el procedimiento no se encuentra limitada a estos supuestos, pues el artículo 86 señala que las entidades sometidas al EGCAP podrán, además de lo anterior, emplearlo para declarar el incumplimiento del contrato, cuantificando los perjuicios. Así mismo, dentro del marco de la declaratoria de incumplimiento puede encontrarse la caducidad como la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el procedimiento del artículo 86 es procedente para que la entidad declare que el contratista ha incumplido el contrato y, en este evento, surgirá el derecho de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, aun cuando la administración no haya pactado multas o la imposición de la cláusula penal. En otras palabras, la declaratoria del incumplimiento del contrato, que puede dar lugar a la efectividad de la garantía otorgada por el contratista, no se encuentra condicionada a que las partes incluyan cláusulas contractuales para la imposición de multas o la cláusula penal. Por el contrario, es el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista lo que puede ocasionar la imposición de las multas o la ejecución de la cláusula penal, cuando hayan sido pactadas en el contrato.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Artículo 1600 del Código Civil

Ahora bien, es posible que en el contrato estatal se haya pactado una cláusula penal o una multa por incumplimiento. Sin embargo, esto no impide que la Administración declare el incumplimiento contractual y cuantifique los perjuicios que considere

superiores a los valores estipulados en dichas cláusulas. En este aspecto, es importante señalar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento del deudor, mientras una declaratoria de incumplimiento con la cuantificación de perjuicios implica definir un monto de los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, la cual podría ser superior. Sin embargo, dicho análisis debe tener en cuenta en el artículo 1600 del Código Civil que dispone: "[…] No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

Dicha regulación permite que, en caso de incumplimiento contractual, el acreedor no puede exigir simultáneamente el pago de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato. Esta norma busca evitar una doble sanción por el mismo hecho y otorga al acreedor la facultad de elegir entre reclamar la pena convencional —una suma previamente acordada como sanción— o solicitar la indemnización por los daños efectivamente sufridos. En torno a esta regla, la doctrina nacional expresa: " […] por tanto, el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello" De igual modo, expresa "[…] dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución parcial o total, o por la ejecución defectuosa de esa obligación".

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad

El artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados. Esto además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual en los contratos de obra, así en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 *ibidem*.

GARANTÍA DE CUMLIMIENTO – Amparos – Suficiencia

a. Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia de los siguientes riesgos: i) la no inversión, esto es, cuando el contratista pese a recibir los recursos no los invierte de acuerdo al plan de inversión del anticipo, pudiendo generar retrasos en la

ejecución del contrato; ii) el uso indebido del anticipo, por ejemplo, cuando el contratista emplea dichos recursos con una finalidad diferente a la estipulada, v. gr. para saldar deudas propias;; y iii) por la apropiación indebida de dichos recursos -art. 2.2.1.2.3.1.7., numeral 1 del Decreto 1082 de 2015-.
[…]
b. Amparo de Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la entidad por la no devolución total o parcial del dinero que se entregó al contratista por pago anticipado -art. 2.2.1.2.3.1.7., numeral 2- del Decreto 1082 de 2015-. Dicho amparo debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado anticipadamente y cubre a la entidad estatal contratante debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que establezca la Entidad Estatal.
[…]
c. Amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Este amparo tiene como finalidad proteger a la entidad pública asegurada frente a los perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, por parte del contratista garantizado, de sus obligaciones laborales respecto al personal vinculado para la ejecución del contrato. La aseguradora, en este contexto, está obligada a indemnizar a la entidad en la medida en que dicho incumplimiento afecte directamente su patrimonio.
[…]
d. Amparo de Estabilidad y Calidad de la Obra. Respecto a la garantía de estabilidad y calidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 –después de la modificación del artículo 3 del Decreto 399 de 2021– regula la suficiencia del amparo. Para efectos de la vigencia y el monto, el inciso primero dispone que "Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar". No obstante, en lo que atañe al plazo, la norma consagra una excepción, puesto que la norma faculta a la entidad para establecer una garantía por un plazo inferior a cinco (5) años, sin que la misma tenga una duración inferior a uno (1).
[…]
e. Amparo de Calidad de Servicio. Para el caso de la calidad del servicio, se establece que "*La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011*" -Artículo 2.2.1.2.3.1.15. del Decreto 1082 de 2015-.
[…]
f. Amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes. Dicho amparo tiene por objeto cubrir a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la entidad estatal recibe en cumplimiento de un contrato. Algunos de esos eventos que pueden dar lugar a afectar este amparo son la

mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.

SINIESTRO – Amparos – Procedimiento Administrativo Aplicable.

Por ello, impuesta cualquier sanción contractual –multa, cláusula penal o caducidad o declaratoria de incumplimiento–, la entidad –previa citación de la aseguradora– está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho trámite se establece para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

En esta medida, dicha norma no aplica para declarar el siniestro del amparo de calidad y estabilidad de la obra, el cual supone que el contratista ejecutó las actividades pactadas y que la entidad las recibió a satisfacción, encontrando posteriormente vicios que afectan su calidad y obligan al saneamiento. Esta misma lógica aplica al amparo de calidad del servicio y al de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, en los cuales la garantía se fundamenta en la existencia de vicios posteriores al cumplimiento contractual. En estos casos, la entidad ya ha aceptado la prestación o el bien como conforme, pero se presentan fallas que evidencian un deterioro o defecto no advertido inicialmente. Así, la cobertura de estos amparos no se activa por la falta de ejecución, sino por la afectación de la calidad que se manifiesta una vez cumplidas las obligaciones contractuales. En todo caso, la no aplicación del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los amparos de calidad del servicio y calidad y correcto funcionamiento de los bienes está condicionada a la naturaleza de las obligaciones pactadas.

Con respecto a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, es pertinente señalar que sus amparos pueden vincularse al incumplimiento de cláusulas del contrato, lo cual implica determinar que el procedimiento administrativo aplicable es el regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto significa que no se limita únicamente a los casos de caducidad, imposición de multas o ejecución de cláusulas penales, sino que su interpretación incluye el incumplimiento contractual.

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

Bogotá D.C., 20 de noviembre de 2025

Señor
Martín Mateo Duque Ocampo
duquejuanchi@gmail.com
Bogotá D.C.

Señor
Andrés Felipe Duque
duqueandresf@gmail.com
Bogotá D.C.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. 2_2025_11_20_012205
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 20/11/2025 22:08:29

Colombia Compra Eficiente
Rad No. 2_2025_11_20_012206
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 20/11/2025 22:09:16

Colombia Compra Eficiente
Rad No. 2_2025_11_20_012207
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 20/11/2025 22:10:06

Concepto C–1470 de 2025

Temas: GARANTIAS – Finalidad / MULTAS Y CLÁUSULA PENAL – Autonomía de la voluntad – Imposición unilateral / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – Potestad unilateral – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011 / DECLARATORIA DE SINIESTRO – Artículo 86 – Ausencia de pacto de multas o cláusula penal – Cuantificación de perjuicios / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Artículo 1600 del Código Civil / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Amparos – Finalidad / GARANTÍA DE CUMLIMIENTO – Amparos – Suficiencia / SINIESTRO – Amparos – Procedimiento Administrativo Aplicable.

Radicación: Respuesta a consulta con radicados No 1_2025_10_08_011268, 1_2025_10_08_011264 y 1_2025_10_09_011310 (acumulados)

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

Estimado Señor Duque:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, en ejercicio de las competencias otorgadas por los Decretos 4170 de 2011 y 1822 de 2019 y de conformidad con las modalidades del derecho de petición contempladas en la Ley 1755 de 2015, así como lo establecido en la Resolución N° 469 del 2025 expedida por esta Agencia, responde la solicitud de consulta del 8 de octubre, en la cual manifiesta:

1. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo el amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo de la garantía única de cumplimiento?
2. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo el amparo de Devolución del pago anticipado de la garantía única de cumplimiento?
3. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo el amparo de Estabilidad y calidad de la obra de la garantía única de cumplimiento?
4. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo el amparo de Calidad del servicio de la garantía única de cumplimiento?
5. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo el amparo de Calidad y correcto funcionamiento de los bienes? de la garantía única de cumplimiento?
6. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectiva la caducidad del contrato?
7. ¿Cuál es el procedimiento para que las entidades públicas a las cuales el contratista les ha incumplido reclamen los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato cuando los mismos superen el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada?
8. ¿Tienen competencia las entidades públicas sometidas al EGCAP para declarar el simple incumplimiento del contrato sin hacer efectiva la multa o la cláusula penal pecuniaria y de ser viable cual es el procedimiento para ello?

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad

para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de sus solicitudes, esta Agencia procede a resolver los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuál es el procedimiento que deben seguir las entidades públicas sometidas al EGCAP para declarar la caducidad del contrato o el simple incumplimiento contractual?; ii) ¿Qué procedimiento o mecanismo deben seguir las entidades públicas para reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento contractual cuando estos superan el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada?; iii) ¿Cuál es el procedimiento que deben seguir las entidades públicas sometidas al EGCAP para hacer efectivo cada uno de los amparos contemplados en la garantía única de cumplimiento, en especial, en lo relacionado con el buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, la estabilidad y calidad de la obra, la calidad del servicio, y la calidad y correcto funcionamiento de los bienes?.

II. Respuesta:

En cuanto a los problemas jurídicos, objeto de consulta, se expresa lo

siguiente:

i. En concordancia con lo explicado en las razones de la respuesta, las entidades adelantarán el procedimiento establecido en el referido artículo 86 con el fin ejercer unilateralmente la potestad de imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal, cuando hayan sido incluidas en el contrato en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la facultad de aplicar el procedimiento no se encuentra limitada a estos supuestos, pues el artículo 86 señala que las entidades sometidas al EGCAP podrán, además de lo anterior, emplearlo para declarar el incumplimiento del contrato, cuantificando los perjuicios. Así mismo, dentro del marco de la declaratoria de incumplimiento puede encontrarse la caducidad como la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el procedimiento del artículo 86 es procedente para que la entidad declare que el contratista ha incumplido el contrato y, en este evento, surgirá el derecho de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, aun cuando la administración no haya pactado multas o la imposición de la cláusula penal. En otras palabras, la declaratoria del incumplimiento del contrato no se encuentra condicionada a que las partes incluyan cláusulas contractuales para la imposición de multas o la cláusula penal para la aplicación del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ii. Es posible que en el contrato estatal se haya pactado una cláusula penal o una multa por incumplimiento. Sin embargo, esto no impide que la Administración declare el incumplimiento contractual y cuantifique los perjuicios que considere superiores a los valores estipulados en dichas cláusulas. En este aspecto, es importante señalar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento del deudor, mientras una declaratoria de incumplimiento con la cuantificación de perjuicios implica

definir un monto de los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, la cual podría ser superior. Sin embargo, dicho análisis debe tener en cuenta en el artículo 1600 del Código Civil que dispone: "[…] No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

Dicha regulación permite que, en caso de incumplimiento contractual, el acreedor no puede exigir simultáneamente el pago de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato. Esta norma busca evitar una doble sanción por el mismo hecho y otorga al acreedor la facultad de elegir entre reclamar la pena convencional —una suma previamente acordada como sanción— o solicitar la indemnización por los daños efectivamente sufridos. En torno a esta regla, la doctrina nacional expresa: " […] por tanto, el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello" De igual modo, expresa "[…] dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución parcial o total, o por la ejecución defectuosa de esa obligación".

Teniendo en cuenta lo explicado, la coexistencia entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios en los contratos estatales está condicionada por lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil, que prescribe que no pueden exigirse simultáneamente, salvo pacto expreso. Esta disposición busca evitar una doble sanción por el mismo incumplimiento y otorga al acreedor la facultad de optar entre la pena convencional —como tasación anticipada de perjuicios— o la indemnización por los perjuicios reales sufridos. Sin embargo, si el contrato contempla expresamente ambas instituciones, el acreedor podrá reclamarlas de manera conjunta, es decir, declarar el incumplimiento con la cuantificación de perjuicios, así como la cláusula penal, respetando la finalidad de cada una y justificando la afectación adicional no cubierta por esta última.

iii. En lo que respecta al *procedimiento*, la jurisprudencia explica que, al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora. En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente el contrato –caducidad–, ni estima anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento –cláusula penal–, como tampoco son medios coercitivos de apremio –multas–. Todo lo contrario, su función es salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la Administración frente a los eventuales incumplimientos imputables al contratista.

Por ello, impuesta cualquier sanción contractual –multa, cláusula penal o caducidad o declaratoria de incumplimiento–, la entidad –previa citación de la aseguradora– está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En esta medida, dicha norma no aplica para declarar el siniestro del amparo de calidad y estabilidad de la obra, el cual supone que el contratista ejecutó las actividades pactadas y que la entidad las recibió a satisfacción, encontrando posteriormente vicios que afectan su calidad y obligan al saneamiento. Esta misma lógica aplica al amparo de calidad del servicio y al de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, en los cuales la garantía se fundamenta en la existencia de vicios posteriores al cumplimiento contractual. En estos casos, la entidad ya ha aceptado la prestación o el bien como conforme, pero se presentan fallas que evidencian un deterioro o defecto no advertido inicialmente. Así, la cobertura de estos amparos no se activa por la falta de ejecución, sino por la afectación de la calidad que se manifiesta una vez cumplidas las obligaciones contractuales. En todo caso, la no aplicación del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los amparos de calidad del servicio y calidad y correcto funcionamiento de los bienes está condicionada a la naturaleza de las obligaciones pactadas.

Con respecto a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, es pertinente señalar que sus amparos pueden vincularse al incumplimiento de cláusulas del contrato, lo cual implica determinar que el procedimiento administrativo aplicable es el regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto significa que no se

limita únicamente a los casos de caducidad, imposición de multas o ejecución de cláusulas penales, sino que su interpretación incluye el incumplimiento contractual.

En este contexto, como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 29 superior prohíbe decisiones de plano, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes, calidad del servicio se rige, en principio, por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Dicha norma prescribe que "Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales […]", disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[1]. Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades procedan de oficio la actuación comience con un escrito que debe comunicarse al interesado para que ejerza el derecho de defensa –art. 35, inc. 2–. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–. Dicho procedimiento concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad declare el siniestro de la garantía.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige, por regla general, en los procesos de contratación pública la constitución de garantías, ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual, con

[1] Allí se dispone lo siguiente: "Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil".

el fin de evitar o mitigar posibles riesgos. En esa orientación, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. La precitada norma dispone:

> Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.
>
> Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.
>
> El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.
>
> El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.
>
> Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Las condiciones para el cumplimiento de estas obligaciones fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual prescribe en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. a 2.2.1.2.3.1.19 las clases de garantías permitidas; la

indivisibilidad, por regla general, de las mismas; los riesgos objeto de cobertura; la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que deben cumplir las garantías constituidas, ya sea mediante pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos. Este último tipo de garantía fue establecida por el reglamento, previa autorización del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a entidades estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) fiducia mercantil de garantía, que es un contrato que suscribe el oferente, contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la entidad estatal beneficiaria[2]; iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero[3]. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, las garantías cubren ciertos riesgos identificados por las entidades estatales. Por ejemplo, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal debe justificar la necesidad de exigir la constitución de garantías. Con respecto a las demás modalidades de selección, en principio, son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento, y la garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos

[2] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias.

[3] Ibídem., p. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito stand by, que «El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista».

de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la entidad estatal lo considere necesario.

En particular, mediante la *garantía única de cumplimiento*, el contratista debe amparar los perjuicios que le pueda generar a la entidad el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por conductas que le sean atribuibles[4]. Para estos efectos es única, ya que "[…] La prioridad […] es que no haya garantías separadas para los diferentes riesgos, aunque existan varias garantías para diferentes proporciones del interés asegurado […]"[5].

El artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 señala que *la garantía de cumplimiento* cuenta con varios *amparos* que cubren: el buen manejo y correcta inversión del anticipo; la devolución del pago anticipado; el amparo de cumplimiento del contrato; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; la estabilidad y calidad de la obra, y los demás incumplimientos de las obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados. Esto, además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que es procedente en los contratos de obra, así como en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 del Decreto 1082 de 2015.

Según lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. *ibidem,* la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que puedan ocasionarse con el incumplimiento total o parcial del contrato, el cumplimiento tardío o defectuoso, los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el *amparo de cumplimiento* tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante

[4] Para la jurisprudencia, "[…] los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual. Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el riesgo asegurado" (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Exp. 28278. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

[5] ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. Seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 44.

la etapa de ejecución del contrato, específicamente de aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.

ii. Dentro de este marco, es necesario analizar las vías con las que cuentan las entidades para hacer efectiva la *garantía de cumplimiento*. Para lo anterior, les ha sido atribuida la facultad exorbitante de declarar unilateralmente el siniestro. Durante la ejecución de los contratos, las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: a) Las cláusulas excepcionales del *artículo 14* de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; b) Las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas*, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En este caso su exorbitancia se refiere a la facultad de imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales; c) Las potestades establecidas en otras disposiciones como la liquidación unilateral y la *declaratoria unilateral del siniestro* –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales y obligatorias en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar –según lo dispuso la modificación del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las cláusulas excepcionales se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Frente al segundo y tercer supuesto, la Administración cuenta con la facultad exorbitante de declarar unilateralmente el siniestro, imponer multas y hacer exigible la cláusula penal. El ejercicio de estas potestades se materializa

mediante la expedición de un acto administrativo, producto del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece sus reglas con el fin de asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías derivadas del debido proceso en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las "entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal […]".

Las potestades exorbitantes del segundo grupo –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– son el resultado de una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[6]. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007– se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto. Esto último en la medida en que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de la autonomía de la voluntad y a la regulación de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas y la cláusula penal, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea, se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicando que:

> "[…]la multa y la cláusula penal mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este

[6] Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

> relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder"[7].

De igual forma, en otra oportunidad, el Consejo de Estado indicó que "el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la Administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso"[8]. De otro lado, la Corte Constitucional[9] precisó que la tipicidad hacía referencia a "la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras".

En virtud de lo anterior, si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que en uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[10]. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las Entidades Estatales sometidas al EGCAP, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar en forma pormenorizada las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

---

[7] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 20.916. C.P: Olga Mélida Valle de la Hoz.

[8] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Véase también: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. 17.009. C.P.: Enrique Gil Botero.

[9] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P.; Álvaro Tafur Galvis.

[10] Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

En ese sentido, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente con respecto a la imposición unilateral de multas y la potestad de hacer efectiva la cláusula penal:

> "El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.
>
> En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas *que hayan sido pactadas* con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria *incluida en el contrato*.
>
> **PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.
>
> **PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas" [Énfasis propio].

De esta manera, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado[11], una cosa es el pacto de las multas y cláusula penal como parte del contrato, y otra la facultad que tiene la Administración de imponerlas o hacerlas exigibles mediante acto administrativo. Mientras que la inclusión de las cláusulas es resultado de la autonomía de la voluntad, la acción unilateral de la entidad para su ejecución es producto del ejercicio de una prerrogativa exorbitante que le otorga la ley.

[11] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación interna: 2489. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00. C.P. María del Pilar Bahamón Falla.

Ambos supuestos se evidencian en el citado artículo de la Ley 1150 de 2007, pues, por un lado, se refiere a la facultad en cabeza de las Entidades Estatales de imponer las multas con el objeto de conminar al contratista para que cumpla y de declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal; por otro, aclara que en cada caso esta facultad la ejercerán con respecto a aquellas que hayan sido pactadas e incluidas en el contrato. En este sentido, la entidad no podrá proceder con respecto a este tipo de cláusulas si no han sido pactadas por las partes del contrato[12].

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[13], en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: "[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio, una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato"[14].

En efecto, las *multas* proceden en todo contrato estatal siempre que se hayan pactado, y cumplen una función sancionatoria que no tienen carácter indemnizatorio[15]. Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 1592 del Código Civil, la *cláusula penal* es aquella en que "una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*".* De esta forma, es una obligación accesoria en la que el contratista se compromete a pagar una suma de dinero estimada de manera previa en caso de un incumplimiento de las obligaciones. Así, se ha entendido que la cláusula penal

[12] Con todo, dado que una de las funciones que se atribuyen a la cláusula penal -quizás la más importante- es la de constituir una liquidación anticipada del daño producido por el incumplimiento contractual hecha por las propias partes del negocio jurídico, su fuente deviene de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, no podría la entidad declarar el incumplimiento para hacerla efectiva si no fue estipulada previamente, so pena de contravenir la ley del contrato.

[13] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero.

[14] Ibídem.

[15] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación interna: 2489. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00. C.P. María del Pilar Bahamón Falla

puede cumplir varias funciones, a saber: i) estimación anticipada de perjuicios; ii) medio de apremio al deudor, y iii) caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ratificó esta naturaleza de la cláusula penal, en los siguientes términos:

> "[E]n el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.[16]

En tal sentido, es importante destacar que la cláusula penal es un elemento accidental en los contratos estatales porque se pacta de común acuerdo por las partes, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, al que remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, la doctrina expresa: "La cláusula penal pecuniaria se constituye en una tasación anticipada de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor de la obligación principal del contrato […]"[17]. Asimismo, el Consejo de Estado plantea que: "Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se

[16] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

[17] EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 181. Frente a este tema, David Suárez Tamayo expresa: « […] las multas se han considerado como un apremio, acoso, conminación para que el contratista se ponga al día en sus compromisos, pero igualmente tienen una connotación sancionatoria; de otra parte, la penal pecuniaria es una estimación anticipada, pero no de perjuicios, es decir, tiene un carácter resarcitorio, indemnizatorio, de garantía, pero al igual que las multas, también puede llegar a considerarse como una sanción» (SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA, 2014. p. 10).

resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio"[18].

Por lo tanto, en virtud de la autonomía de la voluntad –artículo 1602 Código Civil–, las partes de un contrato, para procurar el cumplimiento de las obligaciones a su favor, pueden pactar las cláusulas contractuales de apremio y la pena adjudicable a la parte incumplida. Su naturaleza es punitiva y se causan en los eventos en los que se configure un incumplimiento contractual del deudor. De esta manera, tanto la imposición unilateral de las multas pactadas, como la reclamación de la cláusula penal, ocurre como manifestación de las prerrogativas de control, dirección y coerción que ejerce el Estado ante un incumplimiento por parte de sus contratistas.

Por otra parte, según lo dispuesto en el parágrafo del citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales tienen la potestad de hacer efectiva la cláusula penal y las multas que hayan sido pactadas de forma directa: i) descontando el valor de los saldos a favor del contratista siempre cuando exista una cuenta pendiente por pagar, es decir mediante la compensación a la que se refiere el artículo 1714 de Código Civil); ii) haciendo efectivas las pólizas otorgadas para asegurar el riesgo de incumplimiento; o iii) mediante cobro coactivo[19].

iii. Por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas del procedimiento mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual. De conformidad con esta disposición, las entidades sometidas al EGCAP observarán este procedimiento para la declaratoria unilateral del siniestro, del incumplimiento, para hacer efectiva la cláusula penal o las multas pactadas y la declaratoria de caducidad como potestad exorbitante que se funda en el incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. En efecto, la caducidad consiste en sancionar al

[18] Consejo de Estado. Sección Tercera. Op. cit., Exp. 17.009. *Ibídem.*

[19] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación interna: 2489. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00. C.P. María del Pilar Bahamón Falla

contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993[20].

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[21]. De ahí que las entidades de *régimen especial*[22] en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este, salvo remisiones expresas establecidas por la Ley. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

> "Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:
>
> a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.

[20] En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado: "[…] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que "la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista […]" y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado" Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth.

[21] Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]».

[22] Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."

De conformidad con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece como etapas del procedimiento que deben seguir las Entidades Estatales: i) *citación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y

detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. En esta línea, el informe de supervisión o de interventoría sirve como insumo que debe tener en el momento de declarar el incumplimiento. En todo caso, el Consejo de Estado ha expresado que el informe del interventor no puede entenderse como el único o exclusivo insumo para declarar la responsabilidad del contratista, puesto que la ley no establece una tarifa probatoria sobre el particular, y porque aun existiendo, la entidad debe verificar su certeza y analizarlo con las demás pruebas allegadas al procedimiento administrativo sancionatorio[23]. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición de las sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. En este caso, el acto que contiene la decisión tendrá la naturaleza de ser un acto administrativo.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció de manera expresa que las entidades sometidas al EGCAP pueden adelantar ese procedimiento en los siguientes supuestos: 1) para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo. En cuanto a la declaración del incumplimiento es importante tener en cuenta la caducidad como potestad exorbitante que se aplica por un incumplimiento grave y tardío de ciertos tipos contractuales; 2) imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y 3) hacer efectiva la cláusula penal cuando haya sido pactada. En consecuencia, la Ley 1474 de 2011 atribuyó expresamente la competencia a las entidades para adelantar el

[23] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 70099.

procedimiento del artículo 86 en los tres supuestos antedichos, independientemente considerados.

Esto es congruente con la redacción de otros apartes del artículo, como es el caso del literal c) del artículo 86, según el cual mediante resolución motivada la entidad decidirá sobre "la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento" [Énfasis propio]. Así como con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, el cual estableció como documentos que prestan mérito ejecutivo en favor del Estado "[l]os contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad".

En concordancia con lo explicado previamente, las entidades adelantarán el procedimiento establecido en el referido artículo 86 con el fin ejercer unilateralmente la potestad de imponer las multas y hacer efectiva la cláusula penal, cuando hayan sido incluidas en el contrato en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la facultad de aplicar el procedimiento no se encuentra limitada a estos supuestos, pues el artículo 86 señala que las entidades sometidas al EGCAP podrán, además de lo anterior, emplearlo para declarar el incumplimiento del contrato, cuantificando los perjuicios. Así mismo, dentro del marco de la declaratoria de incumplimiento puede encontrarse la caducidad como la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el procedimiento del artículo 86 es procedente para que la entidad declare que el contratista ha incumplido el contrato y, en este evento, surgirá el derecho de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, aun cuando la administración no haya pactado multas o la imposición de la cláusula penal. En otras palabras, la declaratoria del incumplimiento del contrato, que puede dar lugar a la efectividad de la garantía otorgada por el contratista, no se encuentra condicionada a que las partes incluyan cláusulas contractuales para la imposición de multas o la cláusula penal. Por el contrario, es el incumplimiento de las

obligaciones por parte del contratista lo que puede ocasionar la imposición de las multas o la ejecución de la cláusula penal, cuando hayan sido pactadas en el contrato.

En este aspecto, es necesario entender el incumplimiento del contrato. Para ello, se acude al Diccionario al Español Jurídico que la define así: "1. *Gral.* Vulneración de lo estipulado en un contrato por una o ambas partes. En derecho civil, el incumplimiento por una de las partes da lugar a la facultad de resolver el contrato por la otra sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda dar lugar"[24]. El supuesto más evidente del incumplimiento contractual es la ausencia de la prestación. Al respecto, la doctrina expresa: "[…] cuando un contratista se obliga a prestar un servicio, dar un bien o construir una obra y, al momento de la exigibilidad de estas, no existe ejecución material de aquello que satisface las necesidades de la entidad. En este punto es necesario verificar que el incumplimiento no sea producto de una fuerza mayor o un caso fortuito, pues las obligaciones se extinguen por la imposibilidad de la prestación debida bajo este supuesto"[25]. En este escenario, se está ante un incumplimiento absoluto, que es el resultado de la actuación culposa del deudor, sin una causa justificada, no está cumpliendo con los compromisos. De igual manera, la doctrina señala otro tipo de incumplimientos:

> […] también existen formas de incumplimiento impropio o relativo. En estos eventos no hay ausencia total de la prestación debida, ya sea porque se ejecutó imperfecta o tardíamente. La primera modalidad de incumplimiento impropio se presenta por incumplimientos cualitativos o cuantitativos. Por ejemplo, la primera surge cuando se contrata la ejecución de una obra y el deudor realiza la entrega con algunos defectos constructivos que impiden el goce satisfactorio; en contraste, la segunda se presenta cuando se requiere el suministro de determinados elementos y el contratista entrega un número menos a los inicialmente solicitados. En ambos casos se trata de incumplimientos parciales, lo cual está en contravía de los dispuesto en el inciso 1.° del artículo 1649 del Código Civil, ya que 'El deudor no

[24] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico Jurídico. Disponible en línea: https://dpej.rae.es/lema/incumplimiento-de-contrato

[25] MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Medellín: Librería Jurídica Sánchez S.A.S. y CEDA, 2025. p. 255.

> puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales'. Por otro lado, la segunda modalidad de incumplimiento impropio surge de la tardanza del deudor en ejecutar sus prestaciones. Si bien no existe renuencia y es posible que satisfaga la prestación debida tanto en términos de calidad como de cantidad, el riesgo es que con el paso del tiempo el acreedor pierda interés en el contrato. En estos eventos, también resulta violentada regla del antecitado inciso 1.° del artículo 1627 del Código Civil, el cual no se solo se refiere al objeto de la obligación en si sino también a las modalidades que influyan en la existencia o la exigibilidad de las prestaciones[26].

A partir de lo expuesto, el incumplimiento contractual en un sentido práctico es la no sujeción total o parcial de las obligaciones pactadas en el contrato. En efecto, puede evidenciarse un incumplimiento total, así como incumplimientos imparciales, derivado de ejecuciones imperfectas, ya sea cuantitativas o cualitativas, o el incumplimiento tardío, esto es, la tardanza en ejecutar sus prestaciones.

Teniendo en cuenta lo explicado, la declaratoria unilateral del siniestro en este caso estará precedida por la declaratoria del incumplimiento del contrato, lo cual hace procedente el procedimiento administrativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. La jurisprudencia explica que, al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora[27]. En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente el contrato –caducidad–, ni estima anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento –cláusula penal–, como tampoco son medios coercitivos de apremio –multas–. Todo lo contrario, su función es salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la Administración frente a los eventuales incumplimientos imputables al contratista.

---

[26] Ibídem., p. 256.

[27] Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Rad. 29.368. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Exp. 35.057. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Exp. 25.742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Exp. 22.899. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz, entre otras.

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

En los términos del artículo 86, la facultad que tiene la entidad de declarar el incumplimiento y cuantificar los perjuicios, es distinta a la imposición unilateral de la cláusula penal cuando esta ha sido pactada. Esto es concordante con la naturaleza misma de la cláusula penal, pues al tratarse de una tasación anticipada de perjuicios, es lógico que la entidad pueda estimar los perjuicios en el marco del incumplimiento contractual cuando no ha incluido esta cláusula en el contrato. En este sentido, el artículo 86 contempla también aquellos supuestos en que la entidad deba cuantificar los perjuicios que se deriven del incumplimiento porque no fue pactada la cláusula penal. En este sentido, la doctrina ha afirmado que:

> "no es acertado afirmar que las entidades están, en los términos del artículo 86, legalmente habilitadas únicamente para acudir a la cláusula penal; por el contrario, están legalmente habilitadas para cuantificar los perjuicios derivados del cumplimiento, en el marco del procedimiento sancionatorio contractual, en los casos en que, por cualquier razón, no se hace efectiva una cláusula penal para resarcir los perjuicios" [28].

Esta distinción entre la declaratoria del siniestro con ocasión al incumplimiento, y aquella ligada a la imposición de multas o la cláusula penal es concordante con la redacción misma del artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015. La norma diferenció, frente al amparo de cumplimiento, el supuesto de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual y el del pago de las multas o la cláusula penal. En este sentido, la norma prescribe:

> "Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:
> [...]
> 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:
> 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
> 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

[28] VERANO HENAO, Sandra y NEIRA PINEDA, Juan Camilo. *Vías para hacer efectivas las garantías de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia.* Las dimensiones de la responsabilidad en la contratación del estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025.

> 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
> 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. [...]"

Esta redacción indica que el amparo de cumplimiento cubre a la entidad no solo en relación con el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, sino que, además, debe cubrir los perjuicios que se deriven del incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso, y los daños derivados de entregas parciales cuando no fueron pactadas. De esta manera, el cubrimiento de la garantía con respecto a los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato o las entregas parciales no se encuentra condicionado al pago de las multas o la cláusula penal.

Por otra parte, sobre la cuantificación de perjuicios que realicen las entidades en el marco del procedimiento para declarar el incumplimiento, la Corte Constitucional determinó la exequibilidad de la expresión "cuantificando los perjuicios del mismo" del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante la sentencia C-499 de 2015[29]. En esta providencia resaltó que las entidades que ejercen la potestad sancionatoria tienen el deber de sustentar sus decisiones al valorar las pruebas practicadas en el proceso. La Corte analizó si otorgar la competencia a las Entidades Estatales para cuantificar los perjuicios en el marco de dicho procedimiento administrativo constituía una violación de la presunción de buena fe, del derecho al debido proceso y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Sin embargo, determinó que la presunción de buena fe que se presume en las relaciones de entre los particulares y la Administración admite prueba en contrario. Adicionalmente, resaltó que el procedimiento del artículo 86 garantiza el debido proceso y que a decisión sancionatoria debe ser resultado de una valoración de las pruebas debidamente aportadas. Sobre lo anterior dispuso que:

> "5.5.6. Como se advirtió atrás, la presunción de buena fe en las gestiones del contratista ante la entidad estatal, es una presunción de hecho y, por lo tanto, admite prueba en contrario. En el ejercicio probatorio que se hace en la audiencia, que incluye las pruebas recaudadas y practicadas por la entidad estatal y las solicitadas por el contratista y practicadas en ella, y

[29] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

> que permite la contradicción de la prueba, no se parte de una presunción de mala fe del contratista, sino que con fundamento en medios de prueba aportados de manera regular, conforme a lo previsto en el procedimiento administrativo, se desvirtúa la presunción de buena fe que ampara a su gestión.
>
> 5.5.7. Al fundarse en lo que revelan los medios de prueba, en modo alguno la resolución motivada de la entidad estatal resulta de dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial. Lo que ocurre es lo contrario, pues las formas que rigen el procedimiento brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial.
>
> 5.5.8. Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa *que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan el debido proceso*". [Énfasis Propio]

Como se observa, la facultad de adelantar el procedimiento del artículo 86 para que la entidad declare la ocurrencia del siniestro con ocasión al incumplimiento del contrato, junto con la cuantificación de los perjuicios derivados del mismo, se ajusta al debido proceso. Sobre este punto la doctrina ha resaltado que:

> "La garantía del contratista es la existencia de una presunción de responsabilidad. Implica, además, que el Estado, en cabeza de la entidad pública que ejerce la potestad sancionatoria, debe probar los hechos que constituyen el fundamento de la infracción y la imputabilidad de aquel frente a dicha actuación. Si de lo que se trata es de la declaratoria de incumplimiento del contrato, la Administración deberá probar que el contratista era titular de la obligación que se dice incumplida y la inejecución de esta imputable al contratista. Si además de la declaratoria de incumplimiento se pretende la tasación de perjuicios, la Administración pública deberá probarlos, salvo que se trate de hacer efectiva la cláusula penal, caso en el cual la misma deberá tasarse con criterios de

> razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta el porcentaje de cumplimiento del contrato”[30].

En línea con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que esta es discrecional por parte de la administración, sin embargo, debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad. Este es un principio general del derecho, y se ha resaltado su importancia en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas. En este sentido, cumple dos funciones: “i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto; ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.”[31]

Adicionalmente, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En concordancia, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 establece que “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción […]”. Así, la Entidad deberá asegurar que el procedimiento que adelante para la declaratoria del incumplimiento cumpla con este principio, permitiendo que tanto el contratista como la aseguradora ejerzan el derecho de audiencia y defensa antes de que la Entidad declare el siniestro o afecte la póliza. La jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado acoge esta idea al explicar que, si bien las entidades tienen competencia para declarar el siniestro, esta prerrogativa no limita el debido proceso, razón por la cual:

---

[30] MATEUS LONDOÑO, Diana Lorena. "Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo,* Universidad Externado de Colombia, n.° 24, 2020, pp. 183-211. DOI: https://doi.org/10.18601/21452946.n24.08.

[31] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009.

> "[…] tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.
>
> El artículo 17 de la ley 1150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que 'Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista'. Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in *bonam partem*- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente"[32].

En virtud de lo expuesto, las Entidades Estatales cuentan con la potestad otorgada expresamente por el artículo 86 para declarar unilateralmente el incumplimiento, cuantificando los perjuicios, y para proceder a la declaratoria del siniestro en cumplimiento estricto del debido proceso. Bajo esta perspectiva debe ser interpretado lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, el cual dispone:

> **"**La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:
> 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

[32] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Exo. 20.917. C.P. Enrique Gil Botero, Subsección A. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp. 27.721. C.P. Hernán Andrade Rincón, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Exp. 45.907. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición contraria, Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Exp. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata.

> 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.
> 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal *declare el incumplimiento*, puede hacer efectiva la cláusula penal, *si está pactada en el contrato*, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros". [Énfasis propio]

En efecto, los supuestos establecidos en el Decreto 1082 de 2015 con respecto a la efectividad de las garantías deben interpretarse conforme al marco jurídico y las potestades que concedió el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. De esta forma, en virtud del numeral tercero del artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, las entidades pueden hacer efectiva la garantía mediante acto administrativo mediante el cual declaren el incumplimiento contractual, cuantificando los perjuicios.

Ahora bien, es posible que en el contrato estatal se haya pactado una cláusula penal o una multa por incumplimiento. Sin embargo, esto no impide que la Administración declare el incumplimiento contractual y cuantifique los perjuicios que considere superiores a los valores estipulados en dichas cláusulas. En este aspecto, es importante señalar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento del deudor, mientras una declaratoria de incumplimiento con la cuantificación de perjuicios implica definir un monto de los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, la cual podría ser superior. Sin embargo, dicho análisis debe tener en cuenta en el artículo 1600 del Código Civil que dispone: "[…] No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

Dicha regulación permite que, en caso de incumplimiento contractual, el acreedor no puede exigir simultáneamente el pago de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato. Esta norma busca evitar una doble sanción por el mismo hecho y otorga al acreedor la facultad de elegir entre reclamar la pena convencional —una suma previamente acordada como sanción— o solicitar la indemnización por los daños efectivamente sufridos. En torno a esta regla, la doctrina nacional

expresa: " […] por tanto, el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que esta se deje expresamente a salvo y, por ello" De igual modo, expresa "[…] dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena solo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución parcial o total, o por la ejecución defectuosa de esa obligación"[33]. Al respecto, la doctrina extranjera expresa:

> Es por eso que si los perjuicios que éste ha realmente sufrido son mayores que la pena, le queda el derecho de demandar la indemnización ordinaria de perjuicios. El acreedor pesará qué' le conviene más. Porque si bien la pena puede ser menor que los perjuicios, para reclamarla no necesita acreditarlos; en cambio, esto es indispensable si opta por demandar la indemnización judicial, y bien puede que no esté en situación de producir dicha prueba[34].

Teniendo en cuenta lo explicado, la coexistencia entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios en los contratos estatales está condicionada por lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil, que prescribe que no pueden exigirse simultáneamente salvo pacto expreso. Esta disposición busca evitar una doble sanción por el mismo incumplimiento y otorga al acreedor la facultad de optar entre la pena convencional —como tasación anticipada de perjuicios— o la indemnización por los perjuicios reales sufridos. Sin embargo, si el contrato contempla expresamente ambas instituciones, el acreedor podrá reclamarlas de manera conjunta, es decir, declarar el incumplimiento con la cuantificación de perjuicios, así como la cláusula penal, respetando la finalidad de cada una y justificando la afectación adicional no cubierta por esta última.

[33] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis. 8ª Edición. Bogotá, 2018, p. 153.

[34] SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Santiago de Chile: Nascimiento, 1943. p. 29.

iv. El artículo 2.2.1.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) la devolución del pago anticipado; iii) el cumplimiento del contrato; iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) la estabilidad y calidad de la obra; vi) la calidad del servicio; vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes; y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere deben ser amparados[35]. Esto además de la póliza de responsabilidad civil extracontractual en los contratos de obra, así en aquellos en que por su objeto o naturaleza se considere necesario con ocasión de los riesgos previstos en el negocio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 *ibidem*. Teniendo en cuenta esta precisión sobre los diferentes amparos de la garantía de cumplimiento, se expondrán su alcance, su cobertura y suficiencia.

[35] "Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

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

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

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

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

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

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

a. Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia de los siguientes riesgos: i) la no inversión, esto es, cuando el contratista pese a recibir los recursos no los invierte de acuerdo al plan de inversión del anticipo, pudiendo generar retrasos en la ejecución del contrato; ii) el uso indebido del anticipo, por ejemplo, cuando el contratista emplea dichos recursos con una finalidad diferente a la estipulada, v. gr. para saldar deudas propias;; y iii) por la apropiación indebida de dichos recursos -art. 2.2.1.2.3.1.7., numeral 1 del Decreto 1082 de 2015-.

El valor que se asegura el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo corresponde al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, ya sea en dinero o en especie. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo a lo que define la entidad estatal –artículo 2.2.1.2.3.1.10 del Decreto 1082 de 2015-[36].

b. Amparo de Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la entidad por la no devolución total o parcial del dinero que se entregó al contratista por pago anticipado -art. 2.2.1.2.3.1.7., numeral 2- del Decreto 1082 de 2015-. Dicho amparo debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado anticipadamente y cubre a la entidad estatal contratante debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que establezca la Entidad Estatal[37].

Es importante precisar que en materia de contratación pública, el anticipo ha sido definido como "un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del

[36] Artículo 2.2.1.2.3.1.10. *Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo.* La Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.

[37] Artículo 2.2.1.2.3.1.11. *Suficiencia de la garantía de pago anticipado.* La garantía de pago anticipado debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie.

valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado"[38]. Esta institución es un mecanismo de apalancamiento financiero que implica un endeudamiento, que posibilita que la entidad contratante le entregue *ex ante* una suma de dinero al contratista, con el propósito de iniciar la ejecución del proyecto, la cual es amortizada y debitada de la contraprestación pactada. Mientras el pago anticipado es un pago efectivo del precio que se efectúa y se causa en forma anticipada. Por tanto, los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso.

c. Amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Este amparo tiene como finalidad proteger a la entidad pública asegurada frente a los perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, por parte del contratista garantizado, de sus obligaciones laborales respecto al personal vinculado para la ejecución del contrato. La aseguradora, en este contexto, está obligada a indemnizar a la entidad en la medida en que dicho incumplimiento afecte directamente su patrimonio.

No obstante, el amparo no puede utilizarse para cubrir las obligaciones laborales incumplidas por el contratista si los trabajadores afectados no presentan reclamaciones contra la administración pública. Esto se debe a lo establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que limita la responsabilidad solidaria del contratante estatal únicamente a los casos en que los empleados del contratista efectivamente dirijan sus reclamaciones hacia la entidad pública.

En torno a la suficiencia de dicho amparo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13. del Decreto 1082 de 2015 dispone: "[…] Esta garantía debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más. El valor de la garantía no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato". Al respecto, PINO

[38] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Exp. 40102. C.P: María Adriana Marín.

RICCI, expresó que en vigencia del Decreto 679 de 1994[39], este amparo "se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y de construcción de obra en los cuales, de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo"[40],

d. Amparo de Estabilidad y Calidad de la Obra. Respecto a la garantía de estabilidad y calidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 –después de la modificación del artículo 3 del Decreto 399 de 2021– regula la suficiencia del amparo. Para efectos de la vigencia y el monto, el inciso primero dispone que "Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar". No obstante, en lo que atañe al plazo, la norma consagra una excepción, puesto que la norma faculta a la entidad para establecer una garantía por un plazo inferior a cinco (5) años, sin que la misma tenga una duración inferior a uno (1). Para estos efectos, los incisos segundo y tercero disponen lo siguiente:

> "La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.

[39]Derogado por el Decreto 734 de 2012, que a su vez lo fue por el 1510 de 2013 y este por el 1082 de 2015.

[40] PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp.387-388. En doctrina más reciente, RICO PUERTA llega a la misma conclusión; esto es, a que es una garantía mediante la cual la entidad se blinda contra la posibilidad de que el contratista no cumpla con las obligaciones contraídas con el personal que emplea para ejecutar el objeto contractual; y a que es una garantía que, además de los lineamientos respecto del empleo de terceras personas en la ejecución contractual, debe tener en cuenta las relaciones derivadas, en particular, del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. (Cfr. RICO PUERTA, Luis Alonso. *Teoría general y práctica de la contratación estatal conforme con la Ley 1150 de 2007. 5 ed.* Bogotá: Leyer, 2007.pp. 708-709.)

> Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso".

Para precisar el alcance de este apartado, es necesario tener cuenta que el artículo 28 del Código Civil dispone que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". De esta manera, dentro de las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española, puede entenderse la palabra "experto" como una persona "Especializada o con grandes conocimientos en una materia", quien deberá entender los aspectos involucrados en el objeto del contrato.

Esta persona deberá emitir la "justificación", entendida como la "Prueba convincente de algo", de acuerdo con su área profesional. Sin limitarse a la cuantía del proceso, la justificación técnica se relaciona con "[…] el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros […]". Con fundamento en la opinión del experto, la entidad encargada del proceso de selección definirá si existe una justificación razonable para constituir la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a cinco (5) años.

Como dispone la norma en comento, este análisis "[…] se debe reflejar en los documentos del proceso […]". Dicho concepto se encuentra definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 142 de 2023. Esta norma dispone que son documentos del proceso "(a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación".

Finalmente, conforme a los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, las entidades deben realizar el análisis

de los riesgos y de la forma de mitigarlos en los estudios del sector, en los estudios previos y en el pliego de condiciones, documentos propios de la etapa precontractual. Allí deben precisar la cobertura de las garantías, sin perjuicio de las observaciones que formulen los interesados y de los ajustes realizados al pliego de condiciones definitivo cuando éstas se aceptan. De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Dentro de este marco, es necesario analizar el trámite y el término para declarar el siniestro de la póliza.

e. Amparo de Calidad de Servicio. Para el caso de la calidad del servicio, se establece que "*La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. En los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del parágrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011*" -Artículo 2.2.1.2.3.1.15. del Decreto 1082 de 2015-. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

> […] la calificación jurídica de los hechos que dan lugar a la declaración unilateral del siniestro de calidad del servicio, cuando este recae en la mala calidad o insuficiencia del producto entregado en virtud de un contrato de consultoría, debe corresponder a perjuicios derivados de (i) vicios que sean imputables al consultor, y (ii) que hayan ocurrido o se hayan descubierto con posterioridad a la terminación del contrato, siendo imposible para la entidad haberse enterado de ellos antes de finiquitar el acuerdo de voluntades[41]

f. Amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes. Dicho amparo tiene por objeto cubrir a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la entidad estatal recibe en cumplimiento de un contrato. Algunos de esos eventos que pueden dar lugar

[41] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2022. Exp. 54.388. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

a afectar este amparo son la mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.

Para la determinación del valor y el plazo que se salvaguarda en el Amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes, el artículo 2.2.1.2.3.1.16[42] implica tener en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos. Al respecto, la Doctrina expresa:

> Podría existir cierta confusión entre el amparo de cumplimiento de contrato y el de calidad de los bienes, porque podría pensarse que los defectos identificados en la entrega de los equipos supondrían la concurrencia entre los dos tipos de amparo. Enhorabuena, la Sentencia del 27 de julio del 2005, donde la Sección Tercera resolvió la demanda en contra de unos actos de la Empresa de Energía de Bogotá, precisó que la identificación de defectos en la entrega configura el siniestro de cumplimiento del contrato, mientras que si se evidencia luego de dicho momento habrá que ejecutar el amparo de calidad de los bienes. Así lo concluyó al encontrar probado que los defectos identificados de los medidores de energía que debía entregar el contratista se registraron en la entrega, al realizarse las pruebas ordenadas en el pliego de condiciones. Por consiguiente, el momento donde se configura el siniestro es determinante para distinguir amparos que a priori podrían confundirse[43].

En todo caso, es pertinente precisar que de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.2.3.2.3 del Decreto 1082 de 2015 se excluye del amparo los defectos ocasionados por el uso inadecuado, la falta de mantenimiento preventivo o el deterioro normal por el paso del tiempo.

---

[42] Artículo 2.2.1.2.3.1.16. *Suficiencia de la garantía de calidad de bienes.* La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

[43] ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, Santiago. Estabilidad de la Obra y Calidad de los Bienes: Perspicacia sobre Amparos de la Garantía Única. Disponible en linea: https://www.ceda.com.co/tema-amparosdelagarant%C3%ADa. En dicho aparte se cita la siguiente sentencia: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 12.394. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

v. En lo que respecta al *procedimiento*, la jurisprudencia explica que, al declarar el siniestro, la Administración no ejerce una potestad sancionadora[44]. En esta medida, no se trata de una pena de carácter legal o convencional, porque no pretende terminar anormalmente el contrato –caducidad–, ni estima anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento –cláusula penal–, como tampoco son medios coercitivos de apremio –multas–. Todo lo contrario, su función es salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la Administración frente a los eventuales incumplimientos imputables al contratista.

Por ello, impuesta cualquier sanción contractual –multa, cláusula penal o caducidad o declaratoria de incumplimiento–, la entidad –previa citación de la aseguradora– está facultada para afectar el amparo de cumplimiento, siniestrando la póliza conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho trámite se establece para declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

En esta medida, dicha norma no aplica para declarar el siniestro del amparo de calidad y estabilidad de la obra, el cual supone que el contratista ejecutó las actividades pactadas y que la entidad las recibió a satisfacción, encontrando posteriormente vicios que afectan su calidad y obligan al saneamiento[45]. Esta misma lógica aplica al amparo de calidad del servicio y al de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, en los cuales la garantía se fundamenta en la existencia de vicios posteriores al cumplimiento contractual. En estos casos, la entidad ya ha aceptado la prestación o el bien como conforme, pero se presentan fallas que evidencian un deterioro o defecto no advertido

[44] Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Exp. 29.368. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Exp. 35.057. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Subsección A. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Exp. 25.742. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C. Sentencia del 7 de junio de 2012. Exp. 22.899. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz, entre otras.

[45] En esta medida, recibida la obra, no es posible alegar la inejecución de las obligaciones a cargo del contratista, pues la recepción "[…] es un acto jurídico y patrimonial, por el cual 'el comitente acepta la entrega de la obra ejecutada' y 'declara extinguida la obligación de hacer que debía cumplir el constructor'. Esta extinción, en la medida en que el comitente no manifieste reservas acerca de su alcance, implica la conformidad total y definitiva con la obra o con su producto, incluso en relación con el plazo de ejecución. Es la culminación del contrato desde el punto de vista del objeto perseguido por el comitente al celebrarlo. Es también la consumación plena de las obligaciones asumidas por el constructor" (PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 446).

inicialmente. Así, la cobertura de estos amparos no se activa por la falta de ejecución, sino por la afectación de la calidad que se manifiesta una vez cumplidas las obligaciones contractuales. En todo caso, la no aplicación del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los amparos de calidad del servicio y calidad y correcto funcionamiento de los bienes está condicionada a la naturaleza de las obligaciones pactadas.

Con respecto a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la devolución del pago anticipado, el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, es pertinente señalar que sus amparos pueden vincularse al incumplimiento de cláusulas del contrato, lo cual implica determinar que el procedimiento administrativo aplicable es el regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto significa que no se limita únicamente a los casos de caducidad, imposición de multas o ejecución de cláusulas penales, sino que su interpretación incluye el incumplimiento contractual.

En consecuencia, este procedimiento se convierte en una herramienta transversal para las entidades estatales, permitiéndoles hacer efectivas las garantías cuando se presenten incumplimientos de cualquier naturaleza. Así, se refuerza la responsabilidad del contratista y se protege el interés público, asegurando que los recursos del Estado sean utilizados de manera eficiente y conforme a lo pactado contractualmente.

En todo caso, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone que el debido proceso rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En concordancia, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 prescribe que "En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción […]". Por tanto, sin perjuicio de los recursos y los medios de control procedentes, este derecho fundamental permite que tanto el contratista como la aseguradora conozcan la actuación, ejerciendo el derecho de audiencia y defensa antes de que la Administración afecte la póliza. La jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado acoge esta idea al explicar

que, si bien las entidades tienen competencia para declarar el siniestro, esta prerrogativa no limita el debido proceso, razón por la cual:

> "[…] tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.
>
> El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que 'Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista'. Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in *bonam partem*- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente"[46].

En este contexto, como no aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 29 superior prohíbe decisiones de plano, la Subdirección de Gestión Contractual considera que el trámite de la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes, calidad del servicio se rige por el procedimiento administrativo general dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Dicha norma prescribe

[46] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Exp. 20.917. C.P. Enrique Gil Botero, Subsección A. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp. 27.721. C.P. Hernán Andrade Rincón, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Rad. 45.907. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición contraria, Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Exp. 44.170. C.P. Alberto Montaña Plata.

que "Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales […]", disposición aplicable a los temas contractuales por la remisión del inciso primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993[47]. Para estos efectos, el Código de Procedimiento Administrativo exige que cuando las entidades procedan de oficio la actuación comience con un escrito que debe comunicarse al interesado para que ejerza el derecho de defensa –art. 35, inc. 2–. Lo anterior, sin perjuicio de informar a terceros cuando la Administración advierta la posibilidad de que otras personas resulten afectadas con la decisión –art. 37–. Dicho procedimiento concreta el respeto a las formalidades propias de cada juicio de que trata el artículo 29 superior, garantizando que el contratista y la aseguradora sean escuchados antes de que la entidad declare el siniestro de la garantía.

vi. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a los amparos propios de la garantía única de cumplimiento y a sus procedimientos debe realizarse por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad pública definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión

[47] Allí se dispone lo siguiente: "Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil".

contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes

- Constitución Política de 1991, artículo 29.
- Ley 80 de 1993, artículos, 2, 13, 14, 32, 40 y 77.
- Ley 1150 de 2007, artículos 7 y 17.
- Ley 1437 de 2011, artículos 3, 34, 35 y 37.
- Ley 1474 de 2011, artículo 86.
- Código Civil, artículos 28, 1501, 1600.
- Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.2.1.3 y 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009. C.P.: Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Exo. 20.917. C.P. Enrique Gil Botero,
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 20.916. C.P: Olga Mélida Valle de la Hoz.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp. 27.721. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Exp. 28278. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. Exp. 45.907. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2022. Exp. 54.388. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación interna: 2489. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00. C.P. María del Pilar Bahamón Falla.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2025. Exp. 70099. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-827 de 2001. M.P.; Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
- ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, Santiago. Estabilidad de la Obra y Calidad de los Bienes: Perspicacia sobre Amparos de la Garantía Única. Disponible en linea: https://www.ceda.com.co/tema-amparosdelagarant%C3%ADa
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 181.
- MATEUS LONDOÑO, Diana Lorena. "Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia", Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.° 24, 2020, pp. 183-211. DOI: https://doi.org/10.18601/21452946.n24.08.
- MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Medellín: Librería Jurídica Sánchez S.A.S. y CEDA,

2025.

- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis. 8ª Edición. Bogotá, 2018, p. 153.
- ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. Seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal conforme con la Ley 1150 de 2007. 5 ed. Bogotá: Leyer, 2007.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Santiago de Chile: Nascimiento, 1943. p. 29
- SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda y CEDA, 2014.
- VERANO HENAO, Sandra y NEIRA PINEDA, Juan Camilo. Vías para hacer efectivas las garantías de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Las dimensiones de la responsabilidad en la contratación del estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en procesos de contratación. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el régimen de garantías en los Conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C-567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-583 del 19 de

octubre de 2022, C-584 del 26 de septiembre de 2022, C-712 del 13 de octubre de 2022 y C-845 del 7 de diciembre de 2022, C-036 del 31 de marzo de 2023, C-386 del 31 de enero de 2024, C-306 del 12 de agosto de 2024, C-055 del 30 de enero de 2025, C-099 del 21 de febrero de 2025, C-1282 del 26 de septiembre de 2025. Sobre el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se ha pronunciado en los conceptos C-085 de 2022, C-001 del 14 de febrero de 2025, C-454 del 16 de mayo de 2025, C-963 del 28 de julio de 2025, C-1282 del 26 de septiembre de 2025, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017.** Esta Guía se expedide en el marco del cumplimiento de la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-302 del 2017. Con su implementación se busca contribuir a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la situación de vulneración masiva y recurrente de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas del Pueblo Wayúu. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017".

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

Original firmado
Ana Maria Tolosa Rico

ANA MARIA TOLOSA RICO
Subdirectora de Gestión Contractual (E) ANCP -CCE

Elaboró:	José Luis Sánchez Cardona Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó	Diana Lucia Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Ana María Tolosa Rico Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE (E)