

Según 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. Esta norma es aplicable a la contratación estatal en virtud del *Artículo 13 de la Ley 80 de 1993*, que establece que a los contratos estatales se les aplican las normas comerciales y civiles en lo no regulado expresamente por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La cláusula penal permite que las partes del contrato estatal acuerden una sanción que se aplicará en caso de incumplimiento o mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y opera como **una tasación anticipada de perjuicios***.

*Es una forma de asegurar, anticipadamente, el pago de los perjuicios que se puedan ocasionar por la no ejecución de las prestaciones pactadas.

Definición

Según el Consejo de Estado, la cláusula penal constituye, en principio, una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato.

Consejo de Estado. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17.009

Es decir, el contratista se obliga a pagar el valor determinado como "pena" a título de tasación anticipada de perjuicios, en los siguientes casos:

- Cuando se declare el incumplimiento del contrato, durante su ejecución o una vez culminado el plazo pactado por las partes.



Con la declaratoria de incumplimiento, la entidad puede hacer efectiva la cláusula penal directamente:

- Mediante la compensación con las sumas debidas al contratista.
- Mediante la ejecución y cobro de la garantía de cumplimiento.
- Vía ejecutiva.

Consejo de Estado. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Exp. 36.600

Características

- 💡 Es un **elemento accidental** del contrato estatal, ya que es pactada por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad.
- 💡 Es una **cláusula accesorio**, pues depende de un contrato principal. **Por ejemplo:** si pacto una cláusula penal en un contrato de prestación de servicios, esta dependerá de la existencia de ese negocio jurídico.
- 💡 Es una **obligación condicional**, es decir, la obligación de pagar el valor pactado como cláusula penal, surge si se declara el incumplimiento.
- 💡 Su función es reparadora o indemnizatoria, ya que por medio de esa se tasan anticipadamente los perjuicios que se causarían con un eventual incumplimiento.
- 💡 Tiene por finalidad **asegurar el cumplimiento** del contrato.
- 💡 El cobro depende del **incumplimiento**, no de los perjuicios efectivamente causados.

Valor de la cláusula

En los contratos estatales no existe un límite legal específico para la cláusula penal.

Su monto puede ser pactado libremente por las partes, siempre que sea **proporcional**, **razonable** y que no sea **abusivo** frente al valor del contrato y de los eventuales perjuicios derivados del incumplimiento.



Límite temporal

Según el *Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007*, las entidades estatales pueden declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal.

No obstante, la entidad puede imponer y hacer efectiva la cláusula penal pactada, siempre que existan obligaciones del contratista pendientes de cumplimiento. Es decir, **no depende del plazo del contrato**, ya que puede hacerse efectiva incluso después de su vencimiento o liquidación.

Agencia Nacional de Contratación Pública. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-200 del 22 de agosto de 2024

Reducción de la cláusula penal

En principio, si la obligación contractual es divisible o indivisible, esto determinará si la cláusula penal también puede dividirse y si es posible reducir su valor.

No obstante, debido a los artículos 1596 del Código Civil y 857 del Código de Comercio, el juez está facultado para disponer su reducción, previa valoración de proporcionalidad, en la medida en que los principios de proporcionalidad y equidad así lo imponen.

Aunque la cláusula penal constituye una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos supuestos: que su monto resulte insuficiente frente a los daños causados por el incumplimiento, o que su imposición total resulte excesiva, en atención a la ejecución parcial del contrato. En ambos eventos, corresponde al juez fijar, a solicitud de parte, el valor definitivo a pagar.

Consejo de Estado, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Rad. 17.009

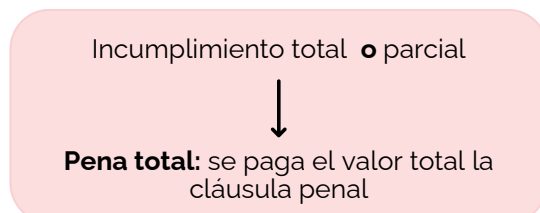
Por otro lado, no debe olvidarse que las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden definir los términos y el alcance de la cláusula penal. En ese sentido, podrán estipularla según el tipo de incumplimiento, esto es, total o parcial. Además, podrán convenir que, con independencia del tipo de incumplimiento, deba pagarse la totalidad del valor previsto en la cláusula penal.

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de enero de 2023. Exp. 67-430

Si se pacta según el tipo de incumplimiento (total o parcial)



Si se pacta sin importar el tipo de incumplimiento



Si las partes pactaran la cláusula penal proporcional y el contratista incumpliera, **por ejemplo**, el 50% de la obligación, estaría obligado a pagar \$5.000.000 a título de cláusula penal, aún si los perjuicios son mayores.