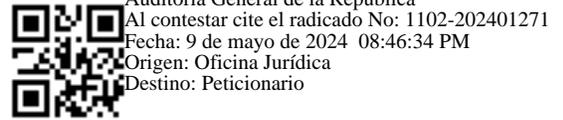


Bogotá D.C.,  
110



Señora  
**JEIMY ISABEL VEGA CUBIDES**  
[saynomorefake@gmail.com](mailto:saynomorefake@gmail.com)

Referencia: Concepto 110.034.2024  
SIA-ATC. 012024000248

1. *Del daño patrimonial*
2. *De la ejecución contractual*
3. *De la cláusula penal*
4. *Del proceso administrativo sancionatorio para la exigencia de la cláusula penal*

Respetada señora Jeimy Isabel:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento efectuado a través del aplicativo Sistema de atención al ciudadano SIA-ATC en nuestra página web, el 07 de marzo de 2024, radicado en la AGR en la misma fecha con el número 2101-202400611 bajo el SIA-ATC. 012024000248, en el que solicita lo siguiente:

«1- Se informe si la Auditoría General de la República en el marco de sus competencias ha configurado hallazgos de naturaleza fiscal por el no inicio de procesos sancionatorios contractuales con miras a hacer efectiva la cláusula penal ante el incumplimiento total de un contratista.

2- Se informe si la Auditoría General de la República en el marco de sus competencias ha iniciado procesos de responsabilidad fiscal por el no inicio de procesos sancionatorios contractuales con miras a hacer efectiva la cláusula penal ante el incumplimiento total de un contratista. En caso de que la respuesta sea positiva, agradecemos suministrar los números de radicado de los procesos de responsabilidad fiscal y si estos han declarado fallo con responsabilidad o no.

3- Se informe si la Auditoría General de la República en el marco de sus competencias ha **conceptuado** sobre si el hecho de no iniciar el proceso sancionatorio contractual con miras a hacer efectiva la cláusula penal ante el incumplimiento **total** de un contratista, se constituye como detrimento patrimonial ya que no se están tomando acciones para satisfacer el cumplimiento de una obligación a favor del Estado. Igualmente, en caso que la Auditoría General de la República no haya conceptuado sobre el tema, agradezco se informe si bajo estos supuestos de hecho, a juicio de la Auditoría estamos ante un detrimento patrimonial.» (Negrilla y subrayado propio del texto)

Respecto de los puntos 1, 2 y primera parte del 3, la Directora de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva le dio respuesta en el oficio radicado 2122-202400763 del 19 de marzo de 2024, por lo tanto, con el presente concepto damos respuesta a la segunda parte del punto 3 de su escrito.

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)

» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: 1) Del daño patrimonial; 2) De la ejecución contractual; 3) De la cláusula penal, y 4) Del proceso administrativo sancionatorio para la exigencia de la cláusula penal.

## 1. Del daño patrimonial

La Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial así:

«Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado,

particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.»

La Corte Constitucional en la sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, se pronunció respecto del daño, así:

«Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que **aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable** con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.» (Resaltamos en negrilla)

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2017 dentro del radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01 respecto de daño patrimonial, dijo:

«Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un **daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable** y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.» (Resaltamos en negrilla)

Ahora bien, al existir un daño patrimonial, se debe entrar a determinar la responsabilidad fiscal, lo cual se efectúa a través del proceso de responsabilidad fiscal, tal como lo establece la misma Ley 610 de 2000:

Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Esta Ley 610 establece de manera clara cuándo se da la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y que requisitos debe reunir el auto que así lo decreta:

«Artículo 40. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema

de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.

Artículo 41. Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

(...)

5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.

(...))»

Podemos decir que el daño o detrimento patrimonial es la lesión causada al patrimonio del Estado por el servidor público o particular en ejercicio de la gestión fiscal encomendada; daño que debe ser entre otras, cierto y cuantificable.

## 2. De la ejecución contractual

La Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» contiene varias disposiciones respecto del cumplimiento del contrato:

«Artículo 3º. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

(...))»

«Artículo 4º. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1º. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2º. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

(...))»

«Artículo 5º. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

(...)

2º. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

(...)

4º. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

(...))»

«Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:  
(...)

5°. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.  
(...)

«Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

1°. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.  
(...)

8°. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.»

«Artículo 51. De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.»

«Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7°. de esta ley.»

«Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.»

### 3. De la cláusula penal

El tratadista Mario Madrid-Malo G. en su obra «Diccionario Básico de Términos Jurídicos», Editorial Legis, define la cláusula penal en los siguientes términos:

«Cláusula Penal

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 -Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f](#) auditoriageneral [x](#) auditoriagen [@](#) auditoriagen <#> auditoriageneralcol

participacion@auditoria.gov.co

[www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co)

Estipulación contractual en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de cierta obligación, se sujeta a una pena. Esta puede consistir, según el caso, en dar o hacer algo si no ejecuta o retarda la obligación principal

Según la doctrina, esta cláusula no es sino el avalúo convencional de los perjuicios compensatorios o moratorios, hecho por las partes del contrato forma anticipada. La jurisprudencia ve en ella diversidad de funciones, pues puede servir como apremio al deudor, garantía, caución o anticipada estimación de perjuicios.

Si la obligación es positiva, el deudor no incurre en la pena pecuniaria sino una vez constituido en mora, aunque esté estipulado el término para cumplir la obligación principal. Si la obligación es negativa, la pena se debe desde que se ejecuta el hecho del cual se obligó el deudor a abstenerse.

La pena es exigible siempre que se haya estipulado, aun si el deudor alega que la inejecución no infirió perjuicio al acreedor o le produjo beneficio»

El Código Civil la define así:

«Art. 1592. 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.»

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de septiembre de 1974, sobre la cláusula penal dijo:

«4ª La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden, resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma; el calificativo de penal no significa que pertenezca al Derecho Penal, entendido como la defensa de los intereses comunes, sino una sanción o pena civil, tendiente a garantizar los intereses particulares y limitada a una reparación exclusivamente patrimonial. El concepto de pena comprende el derecho represivo y el Derecho Privado en el que se da a través de convenciones o cláusulas para garantizar el cumplimiento de la voluntad contractual.

5ª Los artículos 1592 a 1601 del Código Civil, objeto de esta demanda de inconstitucionalidad, estatuyen lo relacionado con la cláusula penal en materia civil o pecuniaria, o sea que constituyen la reglamentación a que deben atenerse los contratantes que la estipulan voluntariamente para asegurar el cumplimiento de una obligación.»

#### **4. Del proceso administrativo sancionatorio para la exigencia de la cláusula penal**

El proceso administrativo sancionatorio es el mecanismo mediante el cual el Estado ejercer el poder punitivo y potestad sancionadora constitucional y legal, cuyo objeto es, previa la verificación de los hechos, imponer al servidor público o al particular una sanción por la omisión en el cumplimiento de deberes, normas y/o obligaciones legales, o en la extralimitación de sus derechos.

La Ley 1437 de 2011 «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» establece respecto del procedimiento administrativo sancionatorio:

Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

La Ley 1474 de 2011 «Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública» establece el procedimiento administrativo sancionatorio para hacer efectiva la cláusula penal, en los siguientes términos:

«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. 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.  
(...))»

La Ley 1150 de 2007 «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos» para hacer efectiva la cláusula penal, establece:

«Artículo 17. Del derecho al debido proceso. 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.» (Resaltamos en negrilla)

Siendo la cláusula penal la tasación anticipada del monto de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, este debe ser declarado mediante el respectivo proceso administrativo sancionatorio, garantizando el debido proceso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para así hacer efectiva esta cláusula.

Esta decisión la administración debe hacerse efectiva mediante su cobro de manera directa o a través de la jurisdicción coactiva teniendo en cuenta que ella constituye un título ejecutivo, pues contiene una obligación a su favor que es clara, expresa y exigible: clara en cuanto es de fácil inteligibilidad, expresa en cuanto hay certeza y no equivocación respecto del crédito que contiene y exigible en cuanto a que su cumplimiento se puede exigir de manera inmediata sin plazo ni condición.

Téngase en cuenta que el proceso administrativo sancionatorio termina con la declaración

del incumplimiento investigado y con ello hacer efectiva la cláusula penal; pero también puede terminar con la declaratoria de la no existencia de presunto incumplimiento que lo origina; siendo ello así, se tiene que con el inicio del proceso administrativo sancionatorio sólo se tiene una expectativa sobre el incumplimiento y por ende sobre la procedencia del cobro de la cláusula penal.

Tal como se anotó en el numeral 1 del presente concepto, el daño o detrimento patrimonial al Estado sólo se predica, entre otras características, cuando éste es cierto y cuantificable; entonces, el proceso administrativo sancionatorio *per se* no es hecho generador de daño o detrimento patrimonial, pues solamente cuando éste culmina con la imposición de la multa o en este caso en la declaratoria del incumplimiento contractual y con ello la exigencia del pago de la cláusula penal, se constituye el respectivo título ejecutivo a favor de la entidad, pero en tanto no se de esta decisión, lo que se tiene es un presunto incumplimiento que puede causar un presunto daño patrimonial.

Por lo anterior considera esta Oficina que el no inicio del proceso administrativo sancionatorio para hacer efectiva la cláusula penal por un posible incumplimiento contractual, no configura daño o detrimento patrimonial al Estado, en cambio, sí puede configurarse como una conducta disciplinable por el incumplimiento de deberes, lo cual será de análisis por parte de la autoridad correspondiente: personería o Procuraduría General de la Nación.

## 5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. El daño patrimonial es la lesión que le causa al patrimonio público el servidor público o el particular por acción u omisión dolosa o culposa en una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna.

El daño patrimonial debe ser cierto y cuantificable.

- ii. La Ley 80 de 1993 contiene las disposiciones relativas a la contratación pública y dentro de ellas consagra los deberes y derechos tanto la entidad contratante y sus funcionarios responsables del proceso contractual, como del contratista. Deberes y derechos que hacen referencia al cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales.
- iii. La cláusula penal en la contratación se ha contemplado como la estipulación que acuerdan contratante y contratista para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en ella y que a diferencia de la multa por incumplimiento, en ella se determina de manera previa el valor a pagar por el perjuicio causado por el incumplimiento.
- iv. El proceso administrativo sancionatorio es el mecanismo mediante el cual el Estado ejercer el poder punitivo y potestad sancionadora constitucional y legal, cuyo objeto es,

previa la verificación de los hechos, imponer al servidor público o al particular una sanción por la omisión en el cumplimiento de deberes, normas y/o obligaciones legales, o en la extralimitación de sus derechos.

- v. Para hacer efectiva la cláusula penal se debe adelantar el respectivo proceso administrativo sancionatorio que determine el incumplimiento; proceso que debe garantizar derecho fundamental al debido proceso.

El acto administrativo que determine hacer efectiva la cláusula penal constituye título ejecutivo a favor de la entidad, el cual puede cobrarse directamente o a través del proceso de jurisdicción coactiva.

- vi. El proceso administrativo sancionatorio per se no es hecho generador de daño o detrimento patrimonial, pues solamente cuando éste culmina con la imposición de la multa o en este caso en la declaratoria del incumplimiento contractual y con ello la exigencia del pago de la cláusula penal, se constituye el respectivo título ejecutivo a favor de la entidad, pero en tanto no se de esta decisión, lo que se tiene es un presunto incumplimiento que puede causar un presunto daño patrimonial, es decir el daño es incierto.
- vii. El no inicio del proceso administrativo sancionatorio para hacer efectiva la cláusula penal por un posible incumplimiento contractual, no configura daño o detrimento patrimonial al Estado, en cambio, sí puede configurarse como una conducta disciplinable por el incumplimiento de deberes, lo cual será de análisis por parte de la autoridad correspondiente: personería o Procuraduría General de la Nación

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'» (Resaltamos en negrilla)**

Igualmente le informamos que la señora Auditora General de la República expidió la

Resolución Reglamentaria No. 004 del 22 de marzo de 2024 «Por la cual se suspenden términos en las actuaciones administrativas de la Auditoría General de la República por el disfrute de los días 26 y 27 de marzo de 2024 autorizados mediante Circular Interna 001 de 2024», suspensión que incluye la actuación administrativa en los derechos de petición y dentro de ellos la correspondiente a las consultas. Esta Resolución fue divulgada a través de la página web de la entidad.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [fjimenez@auditoria.gov.co](mailto:fjimenez@auditoria.gov.co) Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web [www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co) ingresando por el botón SIA, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar el botón Encuesta de Satisfacción e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 9febc704. También puede consultar su solicitud en el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,

**ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA**  
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica
Aprobado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i>	