

CONTRATOS ESTATALES – Servicios públicos – Potestades excepcionales – Dirección – Vigilancia – Control

Según lo establece el artículo 365 de la Constitución Política “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,” y es deber de éste “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,” que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.

Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

CONTRATO ESTATAL – Cláusulas excepcionales

“El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes.

En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501 del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual.

CONTRATO ESTATAL – Cláusulas excepcionales – Procedencia

[...] El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedencia – Contratos – Incorporadas las cláusulas de excepción

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión”.

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedencia – Contratos – Facultativo establecerlas

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

CONTRATO ESTATAL – Cláusulas excepcionales – Procedencia – Contratos – No incorporados en los dos anteriores

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedencia – Obligatoria – Falta de estipulación

Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedencia – Obligatoria – No incorporados en los dos anteriores – Principio de legalidad

En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.”

MULTA – Contratos estatales

“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

MULTA – Contratos estatales – Diferencia – Cláusula penal

[...] se entiende que a diferencia de la cláusula penal, que se instituye en una sanción de tipo pecuniario y de la caducidad que se instituye en una sanción de tipo rescisorio, las multas se

constituyen en sanciones de tipo coercitivo, pues por medio de éstas no se busca indemnizar o reparar los daños ocasionados por los incumplimientos en los que ha incurrido el contratista, sino compelerlo para que cumpla con sus obligaciones y de ésta forma se garantiza la adecuada ejecución del objeto contractual.

MULTA – Contratos estatales – Decreto 222 de 1983

[...] en vigencia del Decreto 222 de 1983 se le atribuía expresamente a las Entidades estatales la facultad de imponer multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista y de descontar directamente su valor del saldo constituido a su favor o con cargo a la garantía única constituida.

MULTA – Contratos estatales – Ley 1150 de 2007 – Entidades estatales – Unilateralmente

"(...) a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tai posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".

El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella.

Así las cosas, se entiende que en vigencia de la Ley 1150 de 2007 fue el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas por medio de acto administrativo, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., primero (01) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00441-01(38797)

Actor: LIBERTY SEGUROS S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU-

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 24 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declararon como no probadas las excepciones propuestas por el demandado y se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

I ANTECEDENTES.

1. Lo pretendido.

El 2 de agosto de 2007¹, la **Sociedad Liberty Seguros S.A.** instauró demanda contra el **Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-** solicitando que se declarara la nulidad del inciso 2º del artículo Tercero de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y de la Resolución No. 845 del 14 de febrero de 2007, mediante las cuales, respectivamente, se estableció que en caso de que no fuera posible descontar de los pagos a favor del contratista el valor de \$230'541.726 por concepto de la multa impuesta, se requeriría a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la Póliza No. 428415 expedida por ésta y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Pide también que se declare que Liberty Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar pago alguno conforme a lo ordenado en las referidas Resoluciones.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones que se ordene al demandado a restituir las sumas que haya cancelado o que llegare a cancelar, debidamente actualizadas.

Pide también que se condene en costas al demandado.

Subsidiariamente, pide que se declare la nulidad de las mismas Resoluciones, que se declare que Liberty Seguros S.A. no se encuentra obligada a pagar suma alguna en virtud de lo dispuesto en ellas y, en consecuencia que se condene al demandado a restituir las sumas que haya pagado o llegare a pagar con ocasión de lo ordenado en éstas.

¹ Folios 1 a 52 del C. No. 1.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 27 de julio de 2004 se celebró entre el demandado y el Consorcio Nueva Era, conformado por las sociedades Equipos y construcciones Varego Ltda. e Incivias Ltda., el contrato de obra IDU No. 057 de 2004, cuyo objeto consistió en la construcción y conservación de la ciclo-ruta y andenes de la Avenida Bosa desde la Avenida Dagoberto Mejía hasta la Autopista sur en Bogotá por un valor de \$2.810'213.450,50.

El plazo inicial del contrato se fijó en 29 meses contados desde la suscripción del acta de iniciación de obras, es decir, desde el 13 de abril de 2005, el cual se dividiría en 3 etapas así: 1 mes para la etapa de preconstrucción, 4 meses para la etapa de construcción y 4 meses para la conservación o mantenimiento.

Dicho contrato fue modificado mediante la suscripción del otrosí No. 1 de enero de 2005 y por el otrosí No. 2 del 14 de octubre de 2005 y fue adicionado en valor y en el plazo de la etapa de construcción por el contrato adicional No. 1 del 13 de mayo de 2005 (hasta el 2 de junio de 2005) y por el contrato adicional No. 2 del 26 de octubre de 2005 (hasta el 27 de noviembre de 2005).

En cumplimiento de lo acordado por las partes en la cláusula No. 52.1 de la Sección 4ª del contrato, el Consorcio nueva era constituyó garantía única de cumplimiento ante la Compañía Aseguradora Liberty Seguros S.A., quién expidió la Póliza No. 428415 del 27 de julio de 2004, que cubría entre otros, el riesgo de multas con una vigencia hasta el 17 de abril de 2008.

Por medio de la cláusula No. 49.3 de la Sección No. 4 las partes convinieron que el IDU podía imponer multas y penalidades en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista y más específicamente ante el incumplimiento en el cronograma de obras.

El 29 de diciembre de 2005 se suscribió entre la demandante y el consorcio Nueva Era un acta de acuerdo para la cesión del contrato No. 057 de 2004, precisándose que los dineros percibidos por la aseguradora con ocasión de la cesión serían utilizados por ésta para terminar la ejecución del objeto del contrato cedido y evitar el pago de una indemnización por las posibles sanciones que le pudieran imponer al contratista.

El 30 de diciembre de 2005 el IDU mediante acta expedida en esa misma fecha, avaló y ratificó la cesión celebrada entre la accionante y el Consorcio Nueva era.

El 16 de enero de 2006 se suscribió entre la accionante, el consorcio nueva era y el demandado el Otrosí No. 3 de cesión y adicional No. 3 al contrato No. 057 de 2004, por virtud del cual aquella se obligó frente a éste a ejecutar las obras faltantes y culminar la etapa de construcción del contrato.

El 28 de abril de 2006 se suscribió entre Liberty Seguros S.A. y el IDU el contrato adicional No. 4 al principal por el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 31 de mayo de 2006.

Mediante la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 el IDU impuso una multa al consorcio nueva era por un valor de \$230'541.726, en atención a los incumplimientos en que ésta incurrió en el cronograma de obras entre los meses de septiembre y octubre de 2005, incumplimientos respecto de los cuales había sido oportunamente requerida.

Contra dicha resolución tanto la Aseguradora Liberty Seguros S.A. como el consorcio nueva era instauraron los recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

Por medio de Oficio No. 037023 del 30 de abril de 2007 la accionante solicitó ante el IDU la revocatoria directa de las Resoluciones referidas, solicitud que fue denegada por medio del Oficio No. IDU- 034504 STCC-6500 del 4 de junio de 2004.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda el 6 de diciembre de 2007² el Consorcio nueva era presentó demanda en coadyuvancia con la presentada por la parte actora solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y la No. 895 del 14 de febrero de 2007.

Pidió en consecuencia que se declarara que el consorcio no estaba obligado a cancelar suma alguna y que se ordenara al demandado restituir las sumas que haya pagado o que llegare a cancelar con ocasión de dichas resoluciones.

Solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se ordenara a la Cámara de Comercio desanotar de sus registros la inscripción de los actos administrativos referidos.

² Folios 82 a 122 del C. No.1.

El demandado fue notificado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y éste le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes y por el Consorcio nueva era.

II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

En sentencia del 24 de febrero de 2010 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró como no probadas las excepciones formuladas por el demandado y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y la No. 895 del 14 de febrero de 2007 y negó los demás pedimentos.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal de primera instancia pronunciándose sobre la procedibilidad de la acción, la legitimación en la causa por activa y por pasiva y la caducidad de la acción contractual para señalar que teniendo en cuenta que la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007 mediante la cual el IDU confirmó su decisión de imponer la multa impuesta se notificó el 19 de abril de 2007, para la fecha en que tanto la accionante como el consorcio nueva era instauraron su demanda, esto es, el 2 de agosto de 2007 y el 6 de diciembre de 2007, respectivamente, aún no habían transcurrido los 2 años previstos en la ley para que operara el fenómeno de la caducidad.

Precisa que los cargos de nulidad de las Resoluciones invocados por los demandantes se concretan en la falta de competencia del demandado para imponer y hacer efectiva unilateralmente la multa en contra del contratista y por estar falsamente motivados al fundarse en hechos acaecidos casi un año antes de la cesión celebrada entre el consorcio nueva era y la aseguradora Liberty Seguros S.A. en su calidad de garante.

Señala que si bien el Decreto 222 de 1983 expresamente le otorgaba competencia a la administración para que ante incumplimientos del contratista pudiera imponer multas y hacerlas efectivas unilateralmente, no ocurría lo mismo en vigencia de la ley 80 de 1993 que no le otorgó expresamente dicha competencia, razón por la cual para la fecha en que se expidieron las Resoluciones ahora demandadas el demandado carecía de competencia funcional para expedirlas.

Dice que si bien en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada las partes acordaron la posibilidad de imponer multas ante incumplimientos en los que incurriera el contratista, la administración no podía exigir su cumplimiento de forma unilateral, pues no podía ejercer una competencia que no le había otorgado la Ley luego si el IDU lo que quería era hacer efectiva la multa, debía acudir al juez del contrato, quién luego del trámite procesal respectivo y de valorar las pruebas allegadas debía definir si había lugar a su imposición o no.

En sustento de lo anterior trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 20 de octubre de 2005 bajo el Radicado No. 14.579, conforme a la cual si bien en vigencia de la Ley 80 de 1993 las partes en un determinado contrato estatal podían pactar cláusulas de multas en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, la administración no podía hacerlas efectivas de forma unilateral.

Manifiesta que si bien el párrafo tercero del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 faculta a las entidades estatales para imponer multas y hacerlas efectivas unilateralmente, teniendo en cuenta que dicha ley se expidió el 16 de julio de 2007, que el contrato se celebró en el año 2004 y que los actos acusados se expidieron entre noviembre de 2006 y febrero de 2007, era evidente que ésta no era aplicable al presente asunto, razón por la cual no era posible que por vía de la misma se le atribuyera a la administración una competencia que no ostentaba ni para la fecha en que se celebró el contrato, ni cuando se expidieron las Resoluciones demandadas.

Concluye señalando que estando acreditada la falta de competencia del demandado para expedir los actos administrativos demandados, esa razón se tornaba suficiente para entonces proceder a declarar su nulidad.

De otra parte, niega el reconocimiento de la pretensión relativa a la restitución de los dineros cancelados con ocasión de la imposición de la multa por estimar que de las pruebas allegadas al plenario no se había logrado acreditar que el consorcio contratista o la aseguradora hubieran cancelado suma alguna por dicho concepto.

Por último, niega la pretensión de condenar en costas a la parte vencida en el proceso.

2.1. Salvamento de voto:

Uno de los Magistrados de la Sala de Decisión estimó que no debía declararse la nulidad de las Resoluciones No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y la No. 895 del 14 de febrero de 2007.

Sustenta su posición en las siguientes razones:

Dice que si bien conoce el contenido de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2005 mediante la cual se modificó la tesis imperante desde 1998 y conforme a la cual las entidades estatales sí tenían la potestad de imponer multas ante incumplimientos parciales del contratista, de la sola lectura de las normas legales se evidenciaba que la administración siempre había ostentado dicha facultad.

No es cierto que la Ley 80 de 1993 no se haya referido a las multas, pues el inciso 2º del artículo 4º dispone que las entidades públicas deberán adelantar las gestiones requeridas para el reconocimiento y cobro de las acciones pecuniarias y las garantías respectivas y el No. 22.1 del artículo 22 establece que en el registro de proponentes deberán inscribirse las multas impuestas.

Las multas no son cláusulas excepcionales al derecho común, pues tanto la ley civil como la mercantil autorizan su pacto y el artículo 13 de la ley 80 de 1993 establece que a los contratos estatales les son aplicables las normas previstas en el derecho privado.

El artículo 1602 del Código Civil establece que el contrato es ley para las partes, razón por la cual lo acordado en éste sólo puede ser invalidado por el consentimiento de las partes o por causas legales.

Si el siniestro asegurado puede ser declarado mediante acto administrativo, también por acto administrativo la administración puede imponer multas por el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista, de lo contrario sería nugatoria la efectividad de las Pólizas de cumplimiento otorgadas por los contratistas en favor de las entidades públicas.

Si bien conforme a la tesis jurisprudencial fijada mediante la sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 30 de julio de 2008, el artículo 17 de la ley 1150 de 2005 no resulta aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, no se puede considerar que mediante una providencia judicial sea posible modificar lo previsto en el Inciso 2º del artículo 4º y el No. 22.1 del artículo 22 de la ley 80 de 1993.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto el demandado interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal fundó su decisión en interpretaciones equivocadas de la ley y desconociendo la

tesis jurisprudencial imperante sobre la facultad de la administración para imponer y hacer efectivas unilateralmente las multas.

Para sustentar su recurso el recurrente expuso las siguientes razones:

Dice que el Tribunal de primera instancia expidió un fallo *extra petita*, pues declaró la nulidad absoluta de las resoluciones impugnadas cuando la accionante únicamente solicitó la declaratoria de nulidad de uno de sus apartes.

Hace un breve recuento de la evolución jurisprudencial sobre la competencia de la administración para imponer multas y hacerlas efectivas de forma unilateral en vigencia de la ley 80 de 1993, para luego concluir que si bien por medio de la sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 20 de octubre de 2005 bajo el radicado No. 14579 se señaló que la administración no ostentaba dicha competencia, no podía entenderse que con fundamento en ésta única sentencia se hubiera modificado la posición imperante sobre la materia y conforme a la cual la administración sí tenía competencia para ello.

Afirma que desde la expedición de la sentencia del 4 de junio de 1988 bajo el radicado No. 13.988, ésta Corporación creó una línea jurisprudencial conforme a la cual en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración sí ostentaba la competencia para hacer efectivas las multas de forma unilateral, postura que debía ser acogida y respetada por el juzgador.

Señala que el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 habilita expresamente a las entidades estatales para imponer multas y hacerlas efectivas y que el legislador estableció como únicos requisitos para su aplicación que la cláusula respectiva se haya pactado en un contrato celebrado con anterioridad a su expedición y que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes hubieran convenido otorgarle esa competencia.

Que en el presente asunto se reúnen los requisitos señalados por el legislador para aplicar la norma en comento, pues el contrato que dio lugar al presente litigio se celebró en 2004 y las partes expresamente convinieron otorgarle la facultad a la entidad para imponer las multas y hacerlas efectivas unilateralmente.

La competencia del IDU para imponer las multas y hacerlas efectivas de forma unilateral no sólo se fundamenta en lo previsto en los artículos 3º, 4º inciso 2º, 13 y 22 No. 22,1 de la Ley 80 de 1993, 64 y 68 No. 4º y 5º del Código Contencioso Administrativo, 1602 del Código Civil, 17 de la Ley 1150 de 2007, sino también en el poder de decisión previa o autotutela declarativa y en la facultad que por vía de lo acordado en el contrato le otorgó el Consorcio Nueva era.

Las multas no se constituyen en facultades exorbitantes, pues éstas son de carácter taxativo.

Incurrió en equivocación el Tribunal al tratar de interpretar una situación claramente definida por el legislador a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 e imponer requisitos adicionales a los exigidos por la ley para su aplicación.

Para adoptar su decisión el Tribunal no tuvo en cuenta ni las excepciones formuladas por el IDU ni las circunstancias de hecho y de derecho que dieron lugar a la imposición de las multas.

Por último, reitera que el Tribunal no podía adoptar su decisión con fundamento en una sola providencia por medio de la cual se desconoció la posición jurisprudencial imperante y sin tener en cuenta las excepciones formuladas, ni las circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la expedición de los actos administrativos impugnados.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se profiera un fallo denegatorio de las súplicas de la demanda.

IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor agente del Ministerio Público guardó silencio.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Régimen jurídico aplicable al presente asunto; **2)** Potestades excepcionales como mecanismos para mantener la dirección vigilancia y control de los contratos; **3)** Multas en los contratos estatales; **4)** Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia del Decreto 222 de 1983; **5)** Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 – tesis jurisprudenciales; **6)** Solución del caso concreto.

1. Régimen jurídico aplicable al presente asunto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, por lo que teniendo en cuenta que el contrato No. 057 que dio lugar a esta cuestión litigiosa se celebró el 27 de julio de 2004 y que los actos administrativos demandados se expidieron el 8 de noviembre de 2006 y el 14 de febrero de 2007, es evidente entonces que le son aplicables los mandatos previstos en la Ley 80 de 1993.

2. Potestades excepcionales como mecanismos para mantener la dirección vigilancia y control de los contratos.

Según lo establece el artículo 365 de la Constitución Política *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* y es deber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“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. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*³

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.⁴

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las

³ Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁴ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista.

Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

En lo relativo a las cláusulas excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993, ya ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar:

“El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes⁵.

Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducían en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.

En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501⁶

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, en Banco de datos jurídicos, cit.: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...” (Original del texto que se cita).

⁶ Código Civil. Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son

del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual⁷.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14⁸ de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad

accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Original del texto que se cita).

⁷ Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19730. [...] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.”

Consultar entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. N° 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. N° 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, CP: Germán Rodríguez Villamizar, N° 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, CP: Enrique Gil Botero, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, CP: Miryam Guerrero de Escobar, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad. N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, CP: Enrique Gil Botero, Rad: 15940, Rad: 17557 CP: Olga Melida Valle De De la Hoz, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580, Cp, Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita).

⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 14 De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley (Original del texto que se cita).

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Original del texto que se cita).

en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista⁹.

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión”.

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales...”

⁹ En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: “[...] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. [...] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oído previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación.” Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita).

Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.”^{10 11}

3. Multas en los contratos estatales.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto:

“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista¹².

De ésta forma, se entiende que a diferencia de la cláusula penal, que se instituye en una sanción de tipo pecuniario y de la caducidad que se instituye en una sanción de tipo rescisorio, las multas se constituyen en sanciones de tipo coercitivo, pues por medio de éstas no se busca indemnizar o reparar los daños ocasionados por los incumplimientos en los que ha incurrido el contratista, sino compelerlo para que cumpla con sus obligaciones y de ésta forma se garantice la adecuada ejecución del objeto contractual.

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica (Argentina), 2008, v.67 p.33 – 83 (Original del texto que se cita).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28.875.

En efecto, la tesis preponderante al interior del ordenamiento jurídico colombiano tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se encamina a reconocer en la multa un carácter meramente coercitivo, entendiéndose ésta como un mecanismo o herramienta por medio de la cual lo que se procura es constreñir, presionar o apremiar al contratista para que cumpla de manera adecuada el objeto del contrato y las obligaciones derivadas de éste con base en consideraciones de preservación y satisfacción del interés público o general.

Resulta entonces obvio que sí por medio de las multas lo que se busca es constreñir al contratista para que dé cumplimiento a las obligaciones parcialmente incumplidas en ejecución del contrato, no tendría sentido alguno que las partes acordaran su imposición cuando el término de ejecución del contrato ha vencido, o ante incumplimientos totales y definitivos.

4. Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia del Decreto 222 de 1983.

Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983 las partes de un determinado contrato estatal debían convenir que la administración pudiera imponer multas ante la mora o el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, potestad que debía ejercerse durante la vigencia del contrato con el propósito de constreñir al contratista al cumplimiento como una *“medida coercitiva provisional.”*¹³

Esta potestad se derivaba de lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de dicho estatuto contractual, los cuales señalaban:

“Art. 71.- De la cláusula sobre multas.

En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el art. 64 de este estatuto. (...)

Art. 73.- De la aplicación de las multas y de la cláusula penal.

El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los arts. Anteriores ingresarán al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado, directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, (...)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

De la lectura de las normas transcritas se evidencia que en vigencia del Decreto 222 de 1983 se le atribuía expresamente a las Entidades estatales la facultad de imponer multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista y de descontar directamente su valor del saldo constituido a su favor o con cargo a la garantía única constituida¹⁴.

Pues bien, ello tiene su explicación por que en vigencia del Estatuto referido se consideró que la multa se constituía en una verdadera cláusula excepcional cuyo objeto se concretaba en sancionar económicamente al contratista por el incumplimiento parcial de sus obligaciones.

5. Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 – tesis jurisprudenciales.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 el tema de las multas no tuvo un tratamiento pacífico en Colombia, pues la ley no consagró expresamente dicha figura en su artículo 14 como una de aquellas potestades excepcionales al derecho común, circunstancia que generó diferentes posiciones jurisprudenciales entorno a su naturaleza, la posibilidad de que las partes pudieran pactarla expresamente en los contratos y la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral.

5.1. Primera postura:

La hipótesis jurisprudencial que puso en duda la existencia de una potestad sancionadora en cabeza de la administración para imponer multas ante el incumplimiento de los contratistas fue la que dio lugar a que se considerara que su imposición sólo era posible por vía judicial, lo que en términos prácticos condujo a que se generara una ruptura en el carácter coercitivo, casi inmediato del que se encontraban revestidas todas las decisiones relativas a las multas.

Así en un principio, se estimó que aunque fuera posible que las partes pudieran pactar cláusula de multas en los contratos celebrados por la administración, teniendo en cuenta que éstas no habían sido definidas por la Ley 80 de 1993 como verdaderas potestades excepcionales al derecho común, no era posible

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936.

que las entidades estatales pudieran imponerlas y hacerlas exigibles de forma unilateral, sino que para ello debían acudir al juez del contrato¹⁵.

Esta postura se fundó en el principio de legalidad, estimándose que con la expedición de la ley 80 de 1993 lo que realmente quiso el legislador fue romper con la tradición de exorbitancia de la administración pública frente a los contratos estatales, así como también limitar el amplio espectro de acciones de carácter unilateral que se le había otorgado en vigencia de los anteriores estatutos.

5.2. Segunda postura:

Conforme a ésta postura, se consideró que si bien la Ley 80 de 1993 no había definido las multas como potestades excepcionales al derecho común, la posibilidad de que las partes convinieran su imposición y exigibilidad se encontraba autorizada por normas de derecho privado que regulaban la materia.

Pero además de que se aceptara la posibilidad de que las partes convinieran la posibilidad de que la administración impusiera multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, ésta también ostentaba la facultad para hacerlas exigibles de forma unilateral sin necesidad de acudir al juez para ello, facultad que se derivaba del carácter ejecutivo de los actos administrativos según el artículo 64, 77 y 23 del Código Contencioso administrativo y de los artículos 4º ordinal 2º, 22 inciso 5º, 22.1. y 13 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, la postura a la que se alude se derivaba de facultades “implícitas” otorgadas a la administración, pues se estimaba que para que ésta pudiera imponer y hacer efectivas las multas ante incumplimientos parciales en los que incurrieran los contratistas no se requería de una norma legal que expresamente la autorizara para ello, sino que de la sola interpretación integral de las normas jurídicas contenidas tanto en el Código Contencioso Administrativo, como en la Ley 80 de 1993 y demás normas de derecho privado se podía estructurar un verdadero régimen de multas en los contratos estatales y la competencia de las entidades estatales para imponerlas unilateralmente.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 del 21 de octubre de 1994, Exp. 9.288, Auto del 20 de febrero de 1997, Exp. 12.669.

Al respecto se señaló:

“(…)

*La ley 80 de 1993 se refiere a las multas en el contrato estatal en los artículos 4º ordinal 2, 22 inciso 5º y 22.1, al señalar de una parte, que las entidades estatales “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías contra los servidores públicos, contra el contratista o lo terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual “ y de la otra, que en las certificaciones que expidan las cámaras de comercio en relación con los contratos ejecutados por las personas inscritas en el registro de proponentes debe constar “el cumplimiento del contratista en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, **multas y sanciones impuestas y el término de su duración**” (resaltado de la Sala), de acuerdo con información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales.*

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

(…)

De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del artículo 32 de la ley 80, son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables.

Tampoco puede perderse de vista que todo contrato celebrado entre el Estado y un particular tiene como propósito fundamental el desarrollo de los fines y principios que orientan a la administración pública por mandato de los artículos 2º y 209 de la Constitución Política, 2º del Código Contencioso Administrativo y 3º de la ley 80 de 1993.

(…)

Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “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 su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la

entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista"¹⁶.

5.3. Tercera postura:

Con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral *“por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”*.

Al respecto se señaló:

"...Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente"¹⁷

Dicha postura fue reiterada posteriormente por algunas providencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación¹⁸ al resolver asuntos que tuvieron lugar previamente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual mediante el artículo 17 zanjó todas las discusiones relativas a la competencia de las entidades para imponer y exigir unilateralmente las multas contractuales.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 4 de junio de 1988, Exp. 13.988 *“La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos”*, Sentencia del 20 de junio de 2002, Exp. 19.488, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579 (Cita original de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936).

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 14.581, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp. 24.639, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936, entre otras.

En efecto, mediante el Parágrafo tercero del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se dispuso:

“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”.*

El alcance de dicha norma fue precisado posteriormente por la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

“(…) a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tai posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella¹⁹.

Así las cosas, se entiende que en vigencia de la Ley 1150 de 2007 fue el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas por medio de acto administrativo, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia.

En éste punto, es preciso resaltar que el artículo 33 de la ley 1150 de 2007 estableció expresamente que ésta empezaría a regir transcurridos seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y como se promulgó el 16 de julio de 2007 mediante el Diario Oficial No. 46.691, se entiende que sus disposiciones empezaron a regir desde enero de 2008.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21.574.

6. En el asunto que ahora se resuelve por la vía de la apelación se encuentra que el 27 de julio de 2004 se celebró entre el Consorcio nueva era y el demandado el contrato No. 057 de 2004, que tuvo por objeto la construcción y conservación de la ciclo- ruta y andenes de la Avenida Bosa desde la avenida Agoberto Mejía hasta la autopista sur en Bogotá D.C. (Fols. 1 a 44 del C. No. 1).

Que con fundamento en la Cláusula No. 49.3 de la Sección No. 4 del contrato y los incumplimientos en que incurrió el contratista en el cronograma de obras, el demandado expidió la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006, mediante la cual le impuso una multa por valor de \$230'541.726,00, y ordenó descontar su valor de los pagos otorgados a su favor; y por medio del inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive estableció que en caso de que no fuera posible descontar de dichos pagos el valor de la multa, se requeriría a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la Póliza No. 428415 expedida (Fols. 125 del C. No. 1).

Contra dicha resolución tanto la accionada como el consorcio contratista instauraron el recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 141 a 161 del C. No. 1).

6.1. Pues bien, de la sola referencia de las fechas en las cuales se expidieron las Resoluciones impugnadas, esto es, 8 de noviembre de 2006 y 14 de febrero de 2007 y teniendo en cuenta que la ley 1150 de 2007 comenzó a regir en enero de 2008, es evidente que el demandado carecía de competencia funcional para proferirlas, pues para esa época no existía norma legal alguna que expresamente lo facultara para imponer y hacer exigibles las multas impuestas, pues tal como se precisó en la parte motiva de ésta providencia esa posibilidad sólo era posible en vigencia del Decreto 222 de 1983 y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

No es cierto que el Tribunal de primera instancia haya fundado su decisión en una única providencia jurisprudencial, pues sí bien por medio de la sentencia del 20 de octubre de 2005 bajo el radicado No. 14.579 se modificó la tesis que venía sosteniéndose de tiempo atrás, ésta postura fue acogida, reiterada y aplicada por la Sección Tercera de ésta corporación frente asuntos que tuvieron lugar dentro de la época comprendida entre la fecha de entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y previamente a la expedición de la Ley 1150 de 2007²⁰.

²⁰ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 14.581, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp. 24.639, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936, entre otras.

De ésta forma, es evidente que el Tribunal no desconoció la postura jurisprudencial imperante, sino que en su lugar acogió la tesis aplicable al asunto sujetándose a la norma vigente para la fecha en la que se expidieron las Resoluciones impugnadas.

En conclusión, teniendo en cuenta que al presente asunto le eran aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que dicho estatuto no le otorgó expresamente la facultad a las entidades estatales para imponer y hacer exigible unilateralmente las multas impuestas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, es evidente que los actos administrativos mediante los cuales el IDU impuso e hizo efectiva una multa al contratista y confirmó dicha decisión se encuentran viciadas de nulidad, pues para ésta época el IDU no ostentaba la competencia funcional para ello.

Por último, la Sala advierte que tal como lo ha precisado ésta Corporación en diversos de sus pronunciamientos, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos sólo resulta procedente cuando así lo ha solicitado la parte interesada en el proceso, sin que sea posible que el juez la declare de oficio aunque la encuentre probada.

De ésta forma, teniendo en cuenta que en el presente asunto la sociedad actora únicamente solicitó que se declarara la nulidad del inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006, no podía entonces el Tribunal de instancia proceder a declarar la nulidad de toda la Resolución, pues se repite, esa declaratoria sólo resultaba viable si así lo hubiera solicitado la sociedad accionante en su demanda.

Pero como así no lo pidió la accionante en su demanda, ésta Sala declarara únicamente la nulidad del inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006, por medio del cual se estableció que en caso de que no fuera posible descontar de los pagos a favor del contratista el valor de \$230'541.726 por la multa que le fue impuesta, se requeriría a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la Póliza No. 428415 expedida por ésta.

En consecuencia, también se declara la nulidad de la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007 pero únicamente en cuanto confirma el inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 declarado nulo.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser modificada en éste punto para entonces proceder a declarar la nulidad del

inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y de lo pertinente de la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007, esto es, en cuanto confirma el referido numeral.

En lo relativo a las pretensiones de restitución de los dineros cancelados con ocasión de los actos administrativos impugnados, estima la Sala que éstas se encuentran destinadas al fracaso teniendo en cuenta que no se arrimó prueba alguna al expediente a través de la cual se haya podido acreditar que las sociedades accionantes tuvieron que incurrir en desembolso alguno por dicho concepto.

En éste sentido la sentencia apelada también deberá ser confirmada en éste punto.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, la cual quedará así:

1. DECLARAR la nulidad del inciso segundo del artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 5908 del 8 de noviembre de 2006 y de lo pertinente de la Resolución No. 895 del 14 de febrero de 2007, esto es, en cuanto confirma el referido numeral.

2. NEGAR los restantes pedimentos de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente