

**EL DEBIDO PROCESO EN LA FIJACION DE MULTAS A LOS CONTRATISTAS
DEL ESTADO POR PARTE DE LAS ENTIDADES ESTATALES.**

**GILMA ALVAREZ CHAVEZ
MARTHA LILIANA MOLINA CASTRO**

TRABAJO DE GRADO

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
ESPECIALIZACIÓN DE CONTRATACIÓN ESTATAL
CHÍA, CUNDINAMARCA**

2008

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado:

Firma del Jurado:

Firma del Jurado:

Bogotá, Julio 25 de 2008

Para mi madre, Carmen
Para mi hija, Liliana Marcela
Para mis hijos , esposo y mi padre.

M.L.M.C

A mi familia,

G.A.C

AGRADECIMIENTOS

Los autoras expresan sus agradecimientos a:

La Universidad de La sabana

La facultad de Derecho

Los profesores y asesores de la especialización.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. NATURALEZA DE LAS SANCIONES	10
1.1 SANCIONES COERCITIVAS: MULTAS	10
1.2 SANCIONES RESOLUTORIAS	12
1.3 SANCIONES PECUNIARIAS	14
2. EL CONTRATO Y LAS PARTES	15
2.1 CONSIDERACIONES GENERALES	15
2.2 ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA CAPACIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES	16
3. CLAUSULAS EXORBITANTES	20
4. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES	23
4.1 ANTECEDENTES DE IMPOSICIÓN DE MULTAS (proceso 13988)	23
4.2 LAS FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS PENALES EN DERECHO PRIVADO	31
5. MARCO LEGAL LEY 1150/08	40
5.1 REFORMA AL ESTATUTO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	40
6. EL DEBIDO PROCESO	42
6.1 APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO	42
7. ALTERNATIVAS DE DEFENSA	52
8. CONSORCIO Y UNIÓN TEMPORAL	53
8.1 GENERALIDADES	53
8.2 LOS CONSORCIOS	53
8.3 RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	55
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	59
ANEXO DE ACTUALIZACIÓN	60

ABREVIATURAS

C.C.A: Código Contencioso Administrativo

C.C: Código Civil

C.Co: Código de Comercio

GLOSARIO

IURIS ET DE IURE: una presunción *iuris et de iure* es aquella que se establece por ley y que no admite prueba en contrario.

IURIS TANTUM: que permiten probar que son erróneas.

JOINT ENTERPRISE: término genérico para una actividad de dos o más personas, generalmente (aunque no necesariamente) con fines de lucro, que pueden incluir la asociación, empresa mixta, o cualquier negocio en el que más de una persona que invierte, trabaja, tiene igual control de la gestión y / o es otros que participan de un acuerdo a propósito o meta. Un factor importante es que si un tribunal considera que dos o más personas están involucradas en una empresa conjunta y hay daño por negligencia a otro por cualquier uno de los empresarios, o incumplimiento de un contrato realizado por la empresa conjunta, cada uno de esos que son parte de la empresa será responsable de todos los daños y perjuicios a otro. Sin embargo, no todas las empresas mixtas son sociedades o empresas mixtas, aunque las condiciones son a menudo utilizados indebidamente como si fueran sinónimos.

POTESTAS VARIANDI: el poder modificador de la administración en los contratos administrativos.

INTRODUCCIÓN

La facultad que tienen las Entidades Estatales para la imposición de multas originadas por incumplimientos o retrasos en la ejecución de los contratos ha llegado a representar un problema para el Contratista y para las mismas Entidades, al no tener un procedimiento que cumpla con un debido proceso y un criterio uniforme al momento de ejercer dicha facultad para imponerlas.

Esa circunstancia y el aumento en la práctica de imponer las multas, sin un criterio uniforme, dejando de lado el hecho de que las multas son más un mecanismo que busca conminar al Contratista a cumplir con sus obligaciones que el cumplimiento de una sanción, nos motivo a hacer este trabajo con un procedimiento que cumpla con un debido proceso, y con la finalidad de que se cumpla el objeto contractual pactado.

El Consejo de Estado por ello solucionó la discusión jurisprudencial dada en vigencia de la Ley 80 de 1993, con la posibilidad o no para la entidad pública de imponer y cobrar multas, o de declarar el incumplimiento total o parcial del contrato haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria, al establecer la posibilidad buscando la protección del interés público de hacerse dentro de las garantías constitucionales del debido proceso.

La norma finalmente enmarcó la posibilidad de su ejercicio únicamente se les use como un “mecanismo de apremio” exigiéndole al Contratista la ejecución de sus obligaciones excluyendo que se las use como un mecanismo de penalización sin finalidad indemnizatoria.

1. NATURALEZA DE LAS SANCIONES

Las sanciones contractuales revisten tres modalidades atendiendo a su naturaleza y efectos jurídicos, a saber: sanciones coercitivas, resolutorias y pecuniarias. Se tratarán separadamente.

1.1 SANCIONES COERCITIVAS: MULTAS

Las sanciones coercitivas consisten en unas medidas que pueden adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones. El fundamento legal de esta modalidad sancionatoria, se encuentra en el artículo 18 inciso 2º de la ley 80 de 1993, que inequívocamente le atribuye la facultad a la administración, en caso que decida abstenerse de declarar la caducidad, de adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contractual. Esta norma se refiere a las sanciones coercitivas que precisamente tienen como objeto que la administración intervenga o actúe sobre el contratista para compulsarlo coactivamente al cumplimiento del contrato. El prototipo de las medidas coercitivas son las multas.

Se trata de sanciones que como ha resaltado el Consejo de Estado:

“Tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al contratista a darle cumplimiento a sus obligaciones, cuando en los términos y desarrollo del contrato, se observó que aquel no está al día en sus obligaciones, que se encuentra en mora o retardado para satisfacer oportunamente conforme al plazo pactado, los compromisos contractuales asumidos”.

Las sanciones coercitivas no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado.

Las sanciones coercitivas o multas, en consecuencia proceden sin necesidad que la Administración realmente sufra un daño, por consiguiente, no se requiere la prueba de la existencia o de la cuantía del detrimento patrimonial causado por el incumplimiento del contratista.

En el Derecho Colombiano, las sanciones coercitivas tampoco tienen como propósito asegurar el cumplimiento del contrato, a través de la sustitución del contratista incumplido o moroso por parte de la Administración, para que esta ejecute por sí misma, o por un tercero las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, como ocurre, por ejemplo, en el derecho Argentino, donde también se les denomina sanciones sustitutivas.

Ahora bien es preciso resolver el siguiente interrogante: La aplicación de sanciones coercitivas por la Administración exonera al Contratista de la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento? En otras palabras ¿Las sanciones coercitivas pueden coexistir con la cláusula penal pecuniaria o con la responsabilidad civil contractual?

En el Derecho Colombiano no existe una norma positiva que permita absolver este interrogante. No obstante, por tratarse de dos instituciones jurídicas con distinto fundamento y finalidad, es lógico predicar que pueden coexistir simultáneamente, es decir, que la aplicación de la multa no exime al contratista de la obligación reparatoria. Es que, las sanciones coercitivas tienen como fundamento y finalidad la tutela del interés público mediante el cumplimiento óptimo del objeto contractual, al paso que la responsabilidad civil contractual tiene como soporte el principio de garantía del patrimonio económico del contratante lesionado, que se logra a través del reconocimiento y pago de un resarcimiento por una suma equivalente al monto del detrimento patrimonial causado por el incumplimiento. Por lo tanto como la imposición de una sanción coercitiva no se satisfacen ambas finalidades, es necesario que la administración adopte las medidas necesarias para obtener la reparación del daño patrimonial que ha padecido, lo que se logra a través de la aplicación de las sanciones pecuniarias (cláusula penal pecuniaria), o de una acción ante la jurisdicción de lo Contenciosos Administrativo encaminada a obtener el reconocimiento de una indemnización económica.

Las sanciones coercitivas o multas son medidas que revisten una particular gravedad, en razón a que sus efectos no se limitan simplemente a la obligación que se le impone al contratista de pagar al tesoro público una determinada suma de dinero, sino que además afecta seriamente el derecho de la libre concurrencia a la contratación con entidades públicas, en razón a que el cumplimiento de contratos anteriores es un factor objetivo de evaluación de las propuestas en todas las licitaciones y concursos públicos. El artículo 22.1 de la ley 80/93 dispone en consecuencia que la entidad contratante debe comunicar a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el domicilio del proponente inscrito, la información concerniente a las multas y sanciones que imponga¹.

¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría de los contratos de la Administración Pública. LEGIS, Bogotá. 2000. p. 368.

1.2 SANCIONES RESOLUTORIAS

➤ Generalidades

La ley le otorga a la Administración Pública la potestad de terminar o revocar unilateralmente los contratos que celebra para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos, o de concesión, cuando se presente el incumplimiento de las obligaciones del contratista imputable a título de culpa o una situación de riesgo para el interés público que razonablemente permita suponer que el colaborador privado no podrá ejecutar el objeto contractual

Se trata de las sanciones resolutorias cuyo principal efecto jurídico consiste en la extinción o cesación de los efectos jurídicos del contrato por decisión unilateral de la entidad pública.

Las sanciones resolutorias es un instrumento legal que le permite a la Administración excluir definitivamente de la ejecución de las obras o de la prestación de los servicios al contratista que haya incurrido en una falta al momento de la celebración o ejecución del contrato o que no se encuentre en condiciones de atender diligentemente sus prestaciones con la finalidad que aquella pueda asumir inmediatamente la ejecución del objeto del contrato, sea directamente o a través de otro contratista, e incluso con el garante de la obligación. Las sanciones resolutorias no están dirigidas a compulsar o apremiar al contratista para el cumplimiento de sus compromisos, como ocurre en nuestro Derecho con las sanciones coercitivas, sino que están encaminadas a sustituir con carácter definitivo de la ejecución de las obras o de la prestación de los servicios públicos, al contratista fallido o que se encuentre en una situación que permita presumir la imposibilidad de atender las necesidades de interés público para cuya satisfacción se celebró el contrato.

La justificación de las sanciones resolutorias se encuentra en la necesidad de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Es que la administración cuando celebra un contrato, no se desatiende y renuncia a las funciones y competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, por lo cual, es razonable que ante una inminente o posible frustración del objeto del contrato, pueda adoptar las medidas que garanticen la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, lo que se logra con la sustitución del contratista que haya faltado gravemente a sus obligaciones o que no ofrezca la solvencia económica o financiera para su ejecución, como sería la quiebra, cesación de pagos, concurso de acreedores etc.

Es necesario distinguir entre la terminación del contrato derivada del ejercicio de la potestad sancionatoria y la terminación del contrato por exigencias del servicio público; puesto que en el primer caso nos encontramos ante una reacción del

ordenamiento jurídico motivada por una conducta imputable al contratista (mala fe al momento de celebrar el contrato, incumplimiento a título de culpa, e incapacidad económica o financiera sobreviniente, al paso que en el segundo caso, se trata de medidas derivadas de hechos ajenos a la voluntad de las partes(exigencias del servicio público, situación de orden público, muerte o incapacidad física del contratista). En ambos eventos se trata de potestades administrativas fundadas en la necesidad de asegurar la satisfacción del interés público y se ejercen unilateralmente por parte de las entidades públicas en virtud del privilegio de la decisión previa y ejecutoria. Sin embargo en un caso, la terminación del contrato se produce sin que proceda la indemnización a favor del afectado, por tratarse del ejercicio de la potestad sancionatoria y en el otro caso es necesario reconocerle una compensación económica integral al contratista, por constituir una aplicación de la potestas variandi o de la facultad de modificación unilateral del contrato. La terminación unilateral del contrato por la administración motivada por hechos imputables al contratista (mala fe al momento de celebrar el contrato, incumplimiento a título de culpa, e incapacidad económica o financiera sobreviniente); trataremos las otras modalidades de terminación unilateral en el aparte correspondiente a la potestas variandi.

Las sanciones resolutorias sólo se pueden aplicar en casos de extrema gravedad, cuando las medidas coercitivas adoptadas por la entidad contratista no hayan sido suficientes para obtener el cumplimiento del contrato, o cuando su aplicación resulte inocua para la ejecución del objeto contractual. El incumplimiento de las obligaciones o la situación de riesgo debe revestir una magnitud tal, que razonablemente se pueda suponer la afectación grave y directa de la ejecución del contrato o su eventual paralización, salvo en los casos de interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y de concurrencia de determinados motivos de nulidad del contrato, en los que la Administración Pública debe proceder obligatoriamente a decretar su terminación. Los requisitos que debe observar la Administración Pública, para el ejercicio de las sanciones resolutorias son comunes a las de todas las sanciones contractuales al igual que sus características generales. Al lado de los requisitos genéricos que deben observar las entidades públicas para la utilización de los poderes exorbitantes en el ámbito del contrato (límites inherentes al interés público, a la buena fé, a la equivalencia económica y al procedimiento); es preciso que se verifiquen las condiciones establecidas por el ordenamiento positivo para el ejercicio de las potestades sancionadoras contractuales (amenaza o perturbación del servicio derivada del incumplimiento o de un riesgo para el interés público, vigencia del plazo contractual y aplicación de las reglas del debido proceso.)

➤ Modalidades

La resolución sancionatoria del contrato opera por el grave incumplimiento de las obligaciones del contratista imputable a título de culpa, fenómeno que se conoce en la legislación colombiana como caducidad del contrato; o por la incapacidad

económica o financiera que razonablemente permita presumir la imposibilidad del contratista de ejecutar el objeto contractual, situación que se encuadra dentro del concepto de terminación unilateral del contrato; o finalmente por la nulidad o rescisión del contrato declarada por vía administrativa².

Se presentan en consecuencia, tres modalidades de sanciones resolutorias, que pasamos analizar separadamente: a) Caducidad del Contrato; b) a terminación unilateral por incapacidad financiera; y c) La revocación del contrato por ilegitimidad.

1.3 SANCIONES PECUNIARIAS

Las sanciones pecuniarias se traducen en las medidas que puede adoptar unilateralmente la Administración para obtener una reparación de los daños que pueda sufrir como consecuencia del incumplimiento del contratista. Un sector de la doctrina científica considera que las sanciones pecuniarias comprende a las multas y las cláusulas penales las cuales se definen como sumas fijas y predeterminadas que se pactan en el contrato para el caso en que el contratista incurra en la transgresión de sus obligaciones. En realidad, de verdad, estas dos categorías tienen una naturaleza diferente, lo que conlleva a que sólo puedan denominarse en estricto sentido sanciones pecuniarias a las cláusulas penales, puesto que como regla general les da un carácter reparatorio o indemnizatorio y sólo excepcionalmente tienen un fin compulsivo o punitivo, mientras que las multas constituyen típicas sanciones coercitivas orientadas a la tutela del interés público mediante el constreñimiento al contratista para lograr la óptima ejecución del objeto contractual³.

La sanción pecuniaria por autonomasia es la cláusula penal que se encuentra regulada íntegramente en el Derecho Privado en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil y 867 del Código de Comercio. En el Derecho Administrativo se encontraba consagrada en el artículo 61 del Decreto 150 de 1976, y posteriormente en el artículo 72 del Decreto 222 de 1983 que establecía la facultad de la Administración Pública de imponerla directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento; de esta manera, su régimen jurídico se diferenciaba del establecido en el Derecho Privado, en donde sólo puede ser impuesta con fuerza vinculante por el juez del contrato.

² Ibid. p. 373.

³ Ibid. p. 388.

2. EL CONTRATO Y LAS PARTES

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En la celebración de los contratos estatales como regla general intervienen dos personas: la Administración Pública y el contratista.

Un requisito esencial de validez del contrato es que éstos sujetos sean legalmente capaces, tal como lo prescribe con carácter general el artículo 1502 del Código Civil, cuando señala: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1º. Que sea legalmente capaz. La capacidad legal es el poder que le atribuye y /o reconoce el ordenamiento positivo a las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

En el derecho administrativo la teoría de la capacidad en los contratos estatales, tiene un régimen jurídico especial, que presenta las siguientes peculiaridades: de un lado, en relación con la Administración Pública y de el concepto genérico de la capacidad se transforma en la categoría específica de la competencia de la entidad y de otra parte, con relación a los colaboradores particulares que intervienen como contratistas, se requiere la concurrencia de la capacidad legal que consagra el derecho privado, junto a la inscripción en un registro público que permite conocer las aptitudes y calidades de éstos y un severo estatuto de inhabilidades e incompatibilidades.

El fundamento de este régimen especial, no se inspira solamente en la necesidad de proteger en el tráfico jurídico a las personas que adolecen de la madurez suficiente para comprender y valorar sus propios actos, como normalmente ocurre en el ámbito de las relaciones privadas, sino en la exigencia de preservar la transparencia de la gestión contractual del Estado y tutelar eficazmente el interés público que está ligado al adecuado cumplimiento del objeto del contrato.

2.2 ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA CAPACIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES

A. LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Administración Pública está conformada por una pluralidad de entidades encargadas de ejecutar las múltiples intervenciones que el ordenamiento jurídico le atribuye al Estado. El artículo 2.1 de la ley 80/93, realiza una enunciación de las entidades estatales para los efectos de la contratación administrativa, entre las cuales, incluye a la Nación, las regiones, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, etc.

La competencia de la Administración pública comprende dos aspectos diferentes, a saber uno de carácter objetivo que consiste en la potestad que la ley le atribuye a la entidad estatal para celebrar un determinado contrato, y otro de naturaleza subjetiva que se refiere a la habilitación del agente o funcionario que representa la voluntad pública. A continuación se tratarán esos dos aspectos:

1. Órgano Competente. La capacidad legal de la Administración Pública para celebrar un contrato estatal, se condiciona a que la entidad que lo celebra goce de la competencia para ello, conforme al derecho positivo.

El procedimiento contractual sólo puede ser impulsado por la entidad competente; es decir, aquella a la que la ley le haya conferido en forma expresa y precisa la titularidad de las funciones, en el plano material, territorial y temporal, para cuyo ejercicio se celebra el contrato. De esta manera, la validez del acuerdo de voluntades se sujeta a la competencia o capacidad legal de la Administración Pública para comprometer los recursos en la realización de los fines del Estado.

La competencia de la entidad estatal, no se requiere sólo para la formalización del acuerdo de voluntades, sino también, en todas las etapas de la vida jurídica del contrato, tanto para su formación (elaboración de pliegos, apertura de la licitación, adjudicación, etc), como para su perfeccionamiento (firma por las partes, aprobación de las pólizas, registro presupuestal), como para su ejecución y liquidación.

El estudio de la teoría de la competencia científicamente pertenece al derecho de la Organización de la Administración Pública, razón por la cual, no nos corresponde abordar el tema in extenso. Basta señalar, que la competencia es atribuida por la ley a las distintas entidades de la Administración Pública de manera expresa y precisa, delimitando rigurosamente la esfera de funciones propias de cada una de éstas, legitimándolas para realizar los fines del Estado. A

falta de una asignación legal de funciones simple y llanamente las entidades de la Administración Pública no pueden actuar.

Las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, deben corresponder a la órbita de la competencia de la entidad en forma tal, que los bienes, servicios u obras que ésta pretende negociar o adquirir en el tráfico jurídico, son medios para el cumplimiento de las funciones atribuidas por la ley.

El contrato que se celebra por la Administración Pública, por fuera del marco de las competencias fijadas por el ordenamiento, adolece del vicio de falta de competencia, lo que constituye una causal de nulidad absoluta como se deduce del artículo 44 numeral 2º de la Ley 80/93 en concordancia con el artículo 1502 del Código Civil.

2. Funcionario Competente. Los principios de buena administración, recomiendan que el conjunto de funciones que le atribuye la ley a una entidad, conforme a las reglas de la división del trabajo se distribuya entre los distintos órganos y servidores que conforman cada organización, con el objeto de mejorar la prestación de los servicios públicos. De ahí que el artículo 209 de la Constitución Nacional prescribe que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Los contratos se rigen por el principio de articulación, conforme al cual, las distintas etapas y fases correspondientes a la formación de la voluntad, la celebración, la ejecución y la liquidación se confían a diversos órganos con atribuciones separadas que persiguen una finalidad común. Las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y el manual de funciones de las entidades públicas, establecen las atribuciones que le incumbe a cada órgano o funcionario público en el proceso contractual. Así por ejemplo se señala las dependencias a las que incumbe la elaboración de los estudios, planos y diseños; o el análisis jurídico de las propuestas, o la evaluación económica y financiera de los ofrecimientos, etc. De esta manera, el principio de articulación permite no sólo determinar la validez de los distintos actos y fases que se cumplen en la gestión contractual, sino también delimitar e individualizar las responsabilidades de los servidores estatales que intervienen en el procedimiento como lo señala el Art 6º de la C.N.

El artículo 11.1 de la ley 80/93, le atribuye la competencia en torno al procedimiento contractual al jefe o representante legal de la entidad, que es el órgano al que se le faculta para ordenar la apertura de licitaciones o concursos, dirigir el procedimiento de selección, realizar la respectiva adjudicación, celebrar contratos, expedir los actos administrativos contractuales en ejercicio de las potestades públicas exorbitantes, y en fin para liquidar la relación jurídica. De ahí

que la validez del otorgamiento de éstos actos en general, y de la celebración de los contratos en particular, dependen de que hayan sido expedidos por el órgano al que la ley le confía la representación legal que siempre es el jefe de la entidad pública.

El artículo 11.2 de la ley 80/93 le otorga la facultad para celebrar contratos a nombre de la Nación al Presidente de la República, y en el marco de las competencias de cada entidad, a los ministros del despacho, a los directores de departamentos administrativos, a los superintendentes, etc; a nombre de los departamentos a los gobernadores; a nombre de los municipios a los alcaldes y a nombre de las entidades descentralizadas (establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado) a los jefes o directores generales.

La ley faculta a los jefes de las entidades públicas para delegar la competencia para realizar licitaciones o concursos y para celebrar contratos a los órganos o servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo (Ley 80/93, art 12 y D. 2150/95,art 37). En este supuesto, se trata de una típica delegación, es decir de una técnica de buena administración mediante la cual el superior jerárquico opta discrecionalmente por traspasar la titularidad de unos poderes de decisión a sus subalternos, para que éstos los ejerzan bajo su propia responsabilidad. No es la ley la que traslada las funciones de un órgano a otro, como normalmente ocurre con el fenómeno de la desconcentración, sino que es el jefe de la entidad, quien motu proprio y por un acto de su voluntad, previa autorización legal, transfiere sus poderes de decisión a otros servidores.

Las normas que diseñan la estructura y el manual de funciones de las entidades públicas, ordinariamente desconcentran el ejercicio de algunos poderes en determinados servidores públicos, como por ejemplo la evaluación de las propuestas de una licitación o concurso, la a probación de las garantías contractuales, el control y vigilancia de la ejecución de los contratos. Las consecuencias de la delegación y de la desconcentración-técnicas que diferencia la Constitución Nacional- son idénticas al eximir de responsabilidad en todos los casos al superior jerárquico, la cual recae exclusivamente en los servidores a quienes se transfieren los poderes de decisión, tal como lo señala categóricamente el art 211 de la Carta Fundamental.

Finalmente, la competencia del órgano implica que el sujeto que adjudica y celebra el contrato debe tener la investidura legal del funcionario (nombramiento y posesión) y que esta corresponda al órgano que ostenta la representación respectiva, sea por ministerio de la ley o por la delegación.

En conclusión, el contrato es nulo por falta de capacidad de la Administración Pública (C.C art 1502), cuando la entidad pública que lo celebra carece de competencia material, territorial o temporal, o cuando se celebra por un órgano

que no ostenta la representación legal, o por un sujeto que carece de la investidura propia de un funcionario público.

B. LA CAPACIDAD DEL CONTRATISTA

Para que una persona pueda celebrar contratos con las entidades estatales, es necesario que se cumplan una serie de requisitos inspirados en la protección de la autonomía de la voluntad privada o en la defensa de la moral pública o en la tutela de los intereses generales.

En efecto la validez de los contratos estatales en general está condicionada a que el contratista posea capacidad legal y no se encuentre incurso en cualquiera de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Además, para los contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles que son los de uso más frecuente por parte de la Administración Pública-, se requiere que el particular esté debidamente clasificado y calificado en el registro de proponentes.

3. CLAUSULAS EXORBITANTES

Se caracterizan porque la administración goza de unos privilegios de origen legal, que en varios casos son ordenados directamente por la ley y en otros su pacto es facultativo, potestades que significan que entre la autoridad contratante y el particular Contratista se genera una relación contractual, que en principio supone la igualdad de las partes, pero que también lleva ínsita una relación de subordinación que significa que la administración puede, aún sin el consentimiento de su contratante, imponer mediante acto administrativo debidamente motivado, la interpretación la modificación o la terminación del contrato, y ejercer las atribuciones que se derivan de la institución de la caducidad administrativa en caso de incumplimiento.

El Estatuto General de la Contratación en su art 18 regula la caducidad de los contratos estatales de la siguiente forma:

Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el Contratista quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

De la norma transcrita destaca la Sala que ante el incumplimiento grave del Contratista, la entidad pública tiene la opción de terminar el contrato declarándolo caducado, o mantenerlo adoptando las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La preeminencia pública se refleja no en la opción que surge para la administración, pues ésta es la misma del derecho privado, sino en la posibilidad de realizar unilateralmente las acciones propias de la opción, es decir, la de caducar el contrato o la de adoptar las medidas necesarias para la ejecución del mismo.

Si la administración se decide por la Caducidad, es claro que la declara mediante acto administrativo que goza de los privilegios de la declaración previa y la ejecución oficiosa. Además, la misma norma que se comenta, le da a la caducidad el efecto de ser constitutiva del siniestro de incumplimiento. Es obvio que la administración, por sí y ante sí, está habilitada para declarar el incumplimiento del Contratista y por ello caduca el contrato, es también obvio que hay lugar al pago de los perjuicios que del mismo se deriven. Así las cosas, si en un contrato estatal con cláusula de caducidad se pactó alguna cláusula penal, en el acto administrativo que la declara puede cobrársela al Contratista particular, a manera de apremio, de garantía o de indemnización de perjuicios, según la redacción exacta de ellas.

Es entendido que si éstas serían exigibles por la vía ejecutiva en el derecho privado, también lo deben ser por la vía del acto administrativo que declara la caducidad.

Argumentando por el absurdo, sostener que en la resolución de caducidad de un contrato, no se puede incluir la orden de pagar la cláusula penal debidamente pactada, y que ésta debe acudir al juez del contrato para que la “imponga”, lleva a poner a la administración en una situación de desventaja frente al particular, pues éste último tiene a su favor la vía ejecutiva mientras que la administración debe iniciar un juicio de conocimiento para que declaren la exigibilidad de la cláusula penal. De esto se desprende que es absurdo pensar que en el acto administrativo de caducidad de un contrato, en el que se entiende incorporado el poder de la administración y que goza de los privilegios que le son propios, no pueda obligar al pago de la cláusula penal que por sí misma es exigible con el mero incumplimiento.

Ahora bien, de acuerdo con lo autorizado por el segundo inciso del artículo 18 transcrito y obviamente en consideración de las reglas de la sana administración, la entidad contratante puede decidir no caducar el contrato. En este caso la práctica cotidiana enseña que por lo general se reúnen las partes contratantes mediante un documento contractual definen las medidas que es necesario adoptar para que la ejecución del contrato llegue a buen fin. En este acto modificatorio o aclaratorio de las obligaciones de las partes, puede incluirse el pago de las cláusulas penales, cuando de su redacción aparezca que contienen una indemnización moratoria, o cuando su finalidad sea la de compeler al incumplido a que ejecute cabalmente sus compromisos, o cuando haya una garantía a cargo de un tercero en que las cláusulas penales así pactadas son exigibles y en principio prestan mérito ejecutivo por lo que su pago es obligatorio, independiente de quien decida “imponerlas”. Por esta razón es válido tanto su cobro como su compensación.

Es indiscutible bajo este régimen del artículo 18 del Estatuto general de Contratación de la administración, que si el contratista no se aviene a convenir con

la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, ésta puede, mediante acto administrativo debidamente motivado adoptarlas y hacerlas obligatorias. Por tanto y bajo el amparo del artículo 18 de la Ley 80/93, podría también mediante acto administrativo que declare el retardo o el incumplimiento parcial de la obligación, cobrar las cláusulas penales estipuladas para éstas situaciones.

Se insiste en que las cláusulas penales así pactadas son exigibles y en principio prestan mérito ejecutivo, por lo que su pago es obligatorio, independientemente de que alguien decida "imponerlas." Por esta razón es válido tanto su cobro como su compensación. Es indiscutible bajo éste régimen del artículo 18 del estatuto General de Contratación de la administración que si el contratista no se aviene a convenir con la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, ésta puede mediante acto administrativo debidamente motivado adoptarlas y hacerlas obligatorias. Por tanto, y bajo el amparo del artículo 18 de la ley 80/93, podría también mediante acto administrativo que declare el retardo o el incumplimiento parcial de la obligación, cobrar las cláusulas penales estipuladas para éstas situaciones.

Entiende la Sala que las cláusulas penales pactadas en los contratos estatales con cláusula de caducidad, cumplen las mismas funciones que en el derecho privado, esto es precaver y sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo de los contratantes, sólo que su exigibilidad debe integrarse a los actos administrativos en los que se ejerzan éstas atribuciones, bien sea que se decida caducar o continuar con el contrato celebrado. Cualquiera de estas decisiones, presta mérito ejecutivo conforme al artículo 68 numeral 4 del código contencioso administrativo, ante la jurisdicción administrativa, según lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia.

4. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

4.1 ANTECEDENTES DE IMPOSICIÓN DE MULTAS (proceso 13988)

- MULTAS CONTRACTUALES - OPORTUNIDAD PARA IMPONERLAS / VIGENCIA DEL CONTRATO ESTATAL-Imposición de multas/SUSPENSION PROVISIONAL- Procedencia

El plazo de tres (3) meses que se pactó empezó a correr el 5 de septiembre de 1994 y terminó el 5 de enero de 1995, de conformidad con las actas 1, 2 y 3 de iniciación, suspensión y reanudación respectivamente, por lo cual el término de vigencia del contrato, de acuerdo con la cláusula séptima del mismo, iba hasta el 4 de febrero de 1995. De la resolución 093 del 17 de abril de 1995, mediante la cual se le impuso la multa al contratista, se tiene que para la entidad contratante de acuerdo con los informes de la interventoría, el contratista desde el inicio del contrato fue requerido en varias oportunidades(meses de octubre, noviembre y diciembre) para que se cumpliera con el contrato, requerimientos que fueron justificados en la falta de colaboración de la interventoría que para la entidad no lo eximió de la obligación de cumplir con el plazo del contrato. A pesar de constar en oficios de 1994 que la interventoría solicitó a la entidad contratante” la aplicación de multas por incumplimiento parcial” y que se evaluó el atraso del contratista del 30 de septiembre de 1994 al 31 de enero de 1995, la entidad sólo vino a multarlo en Abril 17 de 1995, por “el incumplimiento del plazo de terminación de la obra” con fundamento en la causal del literal a) de la cláusula décima séptima del contrato, por cuanto los trabajos se debieron terminar desde el 5 de enero de 1995 y según se desprende del acto acusado no se habían terminado “hasta la fecha”(entiéndese en abril 17 de 1995). En este orden de ideas, cualquiera hubiera sido la fecha de terminación del plazo del contrato, sea la fecha de vencimiento que aduce la demandada en los actos acusados o la del contratista de resultar fundados sus motivos de justificación, el contrato estaba vencido para el 17 de abril de 1995 cuando se expidió la resolución que impuso la multa, potestad que debió ejercerla la entidad pública demandada con fundamento en la ley y en el contrato pero durante la vigencia de este, establecida en la cláusula séptima, que era de treinta(30) días calendario posteriores al vencimiento del plazo que tenía el contratista para la entrega de las obras, lapso dentro del cual debió haber evaluado el supuesto incumplimiento que se presentó en el contrato para sancionar al contratista, a través de la causal de multas estipulada en el literal a) de la cláusula décimo séptima del contrato. La Sala accederá a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, por cuanto de

acuerdo con la jurisprudencia de esta Sección la administración había perdido su competencia para expedirlos y ejercer sus poderes sancionatorios directamente.

➤ MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL- Regulación Legal

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 los 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 del equipo y disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración de acuerdo con la información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales.

➤ MULTAS ESTIPULANTES EN LAS CAUSALES DEL CONTRATO- Validez

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 tiene plena aplicación a 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.

➤ IMPOSICIÓN DE MULTAS- Facultad de la Administración/CLAUSULA DE MULTAS EN EL CONTRATO ESTATAL-Exigibilidad

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. Si la contratación estatal en los términos del art 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 pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

➤ EJECUTIVIDAD DEL ACTO- Autotutela Declarativa

La ejecutividad del acto administrativo es la manifestación de la potestad de autotutela que por vía general el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública. La ejecutividad no es otra cosa que el ejercicio por parte de la administración de las potestades que surgen de la ley y del contrato, esto es la autotutela declarativa.

➤ MULTAS – Naturaleza Contractual/EXIGIBILIDAD DE LA MULTA-Compensación

Para la Sala resulta claro que las multas convenidas en la cláusula décimo séptima del contrato son de naturaleza contractual y que la remisión al artículo 58 de la ley 80 de 1993 si bien fue equivocada, no le resta los efectos convencionales. Así mismo, no era necesaria la autorización del contratista a la entidad contratante para que descontara y tomara directamente el valor de las multas de cualquier suma que le adeudara aquella puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil “se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”. Esta actuación legítima de la administración, no sólo tiene su respaldo legal en las normas civiles, sino también en el artículo 64 del C.C.A como un medio mas que le permite a la administración la ejecución de sus actos.

➤ POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL- Límites temporales/ RELACIÓN CONTRACTUAL- Seguridad jurídica.

La reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que a su vez, vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos. Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa.

➤ LAS MULTAS EN LA LEY 80/1993

Se refiere a las multas en el contrato estatal 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 los 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 está muy seguramente fue la razón por la cual la Ley 80/93 no la incluyó en el art 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículo 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

En efecto, de acuerdo con la primera de éstas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, la que define la ley como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” Y el artículo 867 del código de Comercio por su parte expresa:

“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse”.

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.

- Las multas originadas en las cláusulas del contrato.

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 tiene 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 80/93

En el contrato Estatal la autonomía de la voluntad se refiere más a la entidad contratante que a la del particular.

Con derechos y obligaciones que deben armonizar mas con los intereses generales de la colectividad o con los fines estatales que con los particulares marcados con el ánimo de lucro, aunque copartícipes, por colaboración de gestión estatal, y con una igualdad sólo parcialmente posible.

No puede asimilarse el contrato estatal con los que celebran los particulares, porque aquél es predominante de adhesión; en donde una de las partes(la administración) no está en el mismo pie de igualdad, ya que posee deberes exorbitantes aún implícitos de interpretación, modificación, terminación, caducidad, liquidación unilaterales en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de actividades que constituyan monopolio estatal, la prestación de los servicios públicos, la explotación o concesión de bienes del Estado, o la construcción de obras públicas y en donde, el fin, el régimen de los derechos y las obligaciones propios de determinados contratos no nace de la libre discusión entre las partes, sino que se predetermina por la administración en pliegos de condiciones o términos de referencia de obligado acatamiento para las mismas.

➤ CLAUSULAS DE MULTA

JURISPRUDENCIA

Radicación 1.748

Número único: 11001-03-06-000-2006-00050-00

Referencia: Cláusulas penales en los contratos estatales.

Cláusula de multas como cláusula penal. Su regulación en los contratos estatales que contengan potestades excepcionales, y en los que carezcan de éstas

Con la finalidad de conminar al contratista a su cumplimiento, o de sancionarlo por el retraso o incumplimiento de las obligaciones, facultando a dichas entidades para imponerlas, previa observancia de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y a la controvertibilidad de la prueba.

En el caso el Ministerio ha pactado la cláusula de multas como mecanismo para inducir al contratista a cumplir sus obligaciones dentro del plazo contractual, incluyendo en ella la potestad de la entidad para imponerlas y descontarlas de lo adeudado, sin necesidad de recurrir al juez del contrato. A modo de ejemplo cita

las fórmulas “LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas” y una vez en firme la resolución que imponga multas, podrá ejecutarse la garantía contractual, o tomarse del saldo a favor del contratista si lo hubiere”.

En sustento de la juridicidad de éstos pactos, transcribe apartes de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de julio de 1998 bajo el número de radicación 13998 en los cuales se lee: “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”.

Expresa el Ministerio consultante que la cláusula de multas obtiene su carácter excepcional de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, no de las potestades especiales consagradas en la ley 80/93 a favor de la administración y que su eficiencia depende de que la sanción se imponga antes del vencimiento del plazo contractual, todo lo cual justifica que sea la misma entidad pública quien expida el acto administrativo declara simultáneamente el incumplimiento parcial y la multa.

Se cita un párrafo de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2005 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta corporación, dentro del expediente número 14579, que señala que las entidades públicas pueden estipular la cláusula penal y las multas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero no pueden pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, por lo que “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 80/93, pues se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirla en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y de contera, para imponerlas unilateralmente”, por lo que 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 80/93, 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.

Teniendo en cuenta que según esta sentencia las entidades públicas no pueden imponer directamente la sanción y descontar su valor de los saldos adeudados al contratista, el señor Ministro formula los siguientes interrogantes:

1. En el contexto de lo antes expuesto el pacto de la fórmula “La entidad podrá imponer al CONTRATISTA multa” en las estipulaciones contractuales, faculta a la entidad en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararlas, imponerlas y descontarlas unilateralmente?
2. La estipulación de la cláusula penal en las mismas condiciones expuestas en la pregunta anterior, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararlas, imponerlas y descontarla unilateralmente?
3. En el evento que la anterior respuesta sea negativa:
 - a- ¿Cómo puede la entidad pública declarar, en forma expedita el siniestro que faculta al cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas?
 - b- Procede la confirmación de una Resolución que impuso una multa, después que se ha conocido la sentencia del Honorable Consejo de Estado aquí mencionada?

Para resolver la Sala considera:

Con el fin de sustentar las repuestas que se dan al final de este concepto, procederá la Sala a efectuar el análisis de los siguientes puntos: uno inicial presentando la situación del tema a partir del cambio de legislación ocurrido con la Ley 80/93, pues buena parte de lo planteado en la consulta del Sr. Ministro se origina por el tránsito normativo, luego abordará las funciones y tipos de cláusulas penales, a la luz de la legislación ordinaria, para proceder a explicar por qué la estipulación de las multas que se pacta en la contratación estatal se asimila a las cláusulas penales, y por último, analizará el artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración con el fin de exponer cómo se pueden integrar las cláusulas penales, incluyendo la denominada multas con las cláusulas excepcionales de tal ley.

El presente concepto, al igual que las respuestas que se dan al final, siguen de cerca uno anterior expedido por esta misma Sala, bajo la radicación No. 1.2931, de fecha 14 de diciembre de 2000, con ponencia del Dr. Luis Camilo Osorio, en el que se hizo un amplio análisis sobre las potestades excepcionales en la ley 80/93 y su regulación.

- El tránsito legislativo en materia de potestades excepcionales, las cláusulas de multas y penal pecuniaria y los problemas en su interpretación.

Antes de la expedición de la Ley 80/93, actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encontraba vigente el decreto ley 222 de 1983. Este último consagraba un doble régimen jurídico para la contratación de las entidades públicas, el del derecho privado y el del derecho público, por lo que se

hablaba en ese entonces de contratos de derecho privado de la administración y de contratos administrativos.

Se entendía que era de la naturaleza de los últimos la inclusión de un grupo de estipulaciones que contemplaran “la aplicación de los principios” de interpretación, modificación, terminación de los contratos, así como “las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pago a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria...” Era indiscutible que a éstos contratos se les aplicaba íntegramente el derecho público, por lo que el ejercicio de los derechos conferidos por las estipulaciones que se acaban de mencionar, se hacía mediante actos administrativos, que gozan de los privilegios propios del ejercicio de la autoridad, comúnmente conocidos como de definición previa y de ejecución oficiosa. En relación con las cláusulas de multa y la penal pecuniaria, según el decreto ley en comento, se podían “hacer efectivas” mediante acto administrativo que declarase el incumplimiento o en la resolución de caducidad administrativa del contrato, las que prestaban mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.

A más de la expresión “hacer efectivas” las multas y la cláusula penal pecuniaria, se utilizaba el vocablo “imponer” para indicar que al ejercer éstas potestades la administración se encontraba en una posición de superioridad frente a su contratista, y que en forma unilateral, lo obligaba al pago del valor de tales penas. Anota la Sala que a partir de ésta idea se generalizó un error que consiste en pensar que en Derecho Privado no se pueden “imponer” ni multas ni cláusulas penales por parte de la administración, de lo que se desprendería que tan sólo es el juez el que podría hacerla. Más adelante se vuelve sobre esta imprecisión conceptual, al distinguir entre la “imposición” de la multa y su exigibilidad”.

Los contratos llamados de derecho privado de la administración se entendían celebrados bajo una situación de igualdad de las partes, propia del régimen jurídico de los particulares, por lo cual las entidades públicas contratantes carecían de las potestades excepcionales junto con el derecho a ejercerlas mediante actos administrativos, salvo pacto expreso en contrario.

Al hacer una comparación entre la legislación anterior brevemente reseñada y el Estatuto General de Contratación, en los temas que apuntan a lo consultado, se precisan tres cambios a saber:

- La nueva legislación unifica en una sola categoría jurídica, la de los contratos estatales, la totalidad de la contratación pública, pero sólo permite incluir las potestades excepcionales en algunos de éstos;”
- Esta unificación del régimen legal de los contratos se hace bajo la regulación general del derecho privado, pues al tenor del primer inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el art 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y

- El Estatuto General de Contratación de la Administración no incluyó regulación alguna sobre las multas y la cláusula penal pecuniaria. De aquí se han desprendido dos consecuencias, la primera consiste en que si en un contrato se estipulan cláusulas con estas denominaciones, no existe una referencia legislativa para su interpretación y la definición de sus efectos, de suerte que es necesario aplicar las normas del Código civil sobre interpretación de los contratos para establecer su verdadero significado; y la segunda, que es lícito acordar las cláusulas penales propias del derecho privado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que se encuentra consagrado en forma expresa en ese estatuto.

Se pasa a hacer un análisis de la regulación de las cláusulas penales en los Códigos Civil y de Comercio.

4.2 LAS FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS PENALES EN DERECHO PRIVADO

Dada la inexistencia de la regulación por parte del Estatuto General de Contratación de la Administración sobre el tema de las multas, la cláusula penal pecuniaria y en general sobre cláusulas penales, se refiere la Sala a la ordenación de éstas últimas en el derecho privado, pues considera que cuando en un contrato estatal se pacten estipulaciones bajo las primeras denominaciones, deben interpretarse bajo las reglas de los terceros, según se pasa a explicar.

Es necesario recordar que las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con éstas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan se transcribe el siguiente párrafo:

“Entendida pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario, con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no

tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que “como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que , en consecuencia el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”⁴.

La Sala resalta lo siguiente:

- Ante todo, y a riesgo de ser superflua la advertencia, los términos sanción y pena, no son exclusivos del derecho sancionador, y en materia de contratos, no necesariamente hay que ser autoridad pública para poderlas exigir.
- Las cláusulas penales cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.
- La doctrina más autorizada, agrega que la cláusula penal también se emplea como garantía, la que sólo se ofrece cuando la pena se estipula a cargo de un tercero pues entonces, el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho garante”.
- Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso o inequívoco cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía.
- El pacto de las cláusulas penales facilita la exigibilidad del pago de los perjuicios causados, así como de la sanción convencional a manera de apremio o de garantía, pues al tenor del artículo 1599 del Código Civil “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

⁴ Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Expediente 4607.

Este brevísimo recuento le permite a la Sala llamar la atención sobre el hecho de que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen las funciones de apremio, de garantía y de valoración de perjuicios de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código civil. Estas funciones las cumplían, al menos parcialmente, las derogadas disposiciones del decreto ley 222 de 1983 sobre multas y cláusula penal pecuniaria.

Se debe insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales pues por lo general se debe entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.

Lo usual es que los deudores cumplan con las obligaciones a las que se han comprometido, haciendo el respectivo pago a su acreedor quien tiene derecho a exigirlo. Efectuado el pago se extingue la obligación y termina normalmente el contrato.

Puede ocurrir que el deudor deshonre su compromiso, de manera que el acreedor tiene el derecho a exigirle que le satisfaga su crédito, en forma inmediata, o reconviniéndolo para constituirlo en mora, según el caso. Ante la mora, el acreedor puede acudir al juez para pedirle que lo ejecute y obligue a cumplir con lo pactado, siempre que el correspondiente contrato preste mérito ejecutivo. Dicho de otra forma, en la medida en que el contrato reúna las condiciones para servir de título ejecutivo, las obligaciones que allí se encuentran pueden ser ejecutadas por el juez; pero si no tiene esa fuerza, entonces el acreedor cumplido debe proceder a instaurar un proceso judicial de conocimiento, para que el juez proceda a efectuar las declaraciones y condenas que se deriven del contrato y del incumplimiento.

Lo dicho ,que se predica de todos los contratos, es también aplicable a las cláusulas penales, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción; salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que acudir al juez para que declare que el deudor ewta obligado a pagar el valor de la pena estipulada.

Se anota que para exigir el pago de una cláusula penal no es necesario que el juez declare el incumplimiento del contrato, basta que esté en mora o haya sido reconvenido, puesto que la proposición en la que se afirme el incumplimiento del deudor, no debe probarse dentro del proceso ejecutivo.

De lo anterior se desprende que si la sanción pecuniaria estipulada en una cláusula penal es exigible aún por la vía ejecutiva, es obvio que también puede ser compensada por ministerio de la ley, tal como lo dispone el artículo 1715 del Código Civil.

➤ LA CLAUSULA PENAL: Según términos del profesor HERNANDO MORALES MOLINA

“Esta norma (artículo 1594 del c.c.) implica a) que antes de la mora del deudor puede el acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, si fuere exigible, pues opera la regla general de la exigibilidad para ejecutar, b) Que después de la mora, que es indispensable para cobrar perjuicios, el acreedor no puede pedir al tiempo la obligación principal y la cláusula penal sino una u otra, pues se cobraría dos veces la obligación, o sea en su objeto inicial y en su equivalente en dinero salvo: 1. Que se trate de cláusula penal moratoria y no compensatoria; 2. Que se haya estipulado la compatibilidad entre la pena y la obligación principal, o sea que aquella sea mera garantía”.

“Este principio se halla implícitamente reiterado en los arts.493,495,y 504 del C.P.C que autorizan en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, jurar los perjuicios nacidos del incumplimiento de la obligación” si no figuran en el título ejecutivo” lo que a contrario significa que la orden de pago debe comprender los perjuicios compensatorios o moratorios que obren en dicho título, o sea la cláusula penal pactada conforme al artículo 1592 del c.c. que como dicen los autores de derecho civil, constituye el avalúo hecho por las partes de los perjuicios a que pueda dar lugar la inejecución (perjuicios compensatorios) o el retardo en la ejecución (perjuicios moratorios) de la obligación. Figuran también en el título ejecutivo los perjuicios, sea que así se denominen, o que se hable de multa, o que se trate de arras penales como adelante se verá”.

Luego si el deudor ha sido constituido en mora de cumplir la obligación principal mediante requerimiento (art 1595), lo cual se necesita aunque haya plazo vencido (art. 1608 num.1inc. final) la cláusula penal compensatoria o moratoria debe ordenarse pagar en el auto ejecutivo, pero si se persigue la obligación principal basta su exigibilidad (salvo en las obligaciones de hacer que en todo caso requieren la mora) para que sea inejecutable, aunque sin el aditamento de la cláusula penal moratoria, en su caso”.

“Que la cláusula penal se presume compensatoria, excepto que las partes digan otra cosa, lo explican la Corte así: “Cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación en forma principal y se debe en el momento de la inejecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente”⁵.

⁵ G.1. No. 1933, pág 123.

“182. A la cláusula penal, por regla general pueden oponerse las mismas excepciones que a la obligación principal, entre ellas la del contrato no cumplido. Mas para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a la que exista a favor del deudor en contrato bilateral. El incumplimiento del acreedor ejecutante constituye excepción, tanto para la obligación principal según se dijo, como para efectos de mora del deudor, para poder cobrarle la cláusula penal”.

Transcribe la Sala in extenso la explicación del profesor Morales Molina, dada la autoridad intelectual del ya fallecido autor, como del hecho de englobar en unos pocos párrafos los puntos objeto del análisis que se hace.

Como en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración no existe una regulación de las cláusulas penales o de las multas o similares y el art 13 del mismo expresamente remite la regulación de los contratos a los Códigos de Comercio y Civil, las entidades estatales pueden acordar las cláusulas penales reguladas por el derecho privado a las que se ha hecho mención en este acápite.

➤ Efectos de estos pactos bajo el Régimen del Estatuto General de Contratación

Las cláusulas de multas en la contratación estatal y su función como cláusulas penales.

Multa significa penal pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado”, proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la falta, exceso o delito” como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente.

Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada “multas” puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal implica por sí misma que esté pactando una “sanción pecuniaria” a manera de potestad exorbitante. Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula seas capaz de producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. Además como ya se dijo si hay ambigüedad sobre la función que cumple la cláusula penal, debe considerarse como estimatoria de los perjuicios.

Por el peso de la tradición en la práctica cotidiana de los contratos estatales, se siguen estipulando cláusulas que se denominan multas o penal pecuniaria que al no tener referente legal vigente, en lo posible deben ser tenidas como válidas e interpretadas bajo la regulación de las cláusulas penales, pues, se reitera conforme al mandato del artículo 1620 del Código Civil, “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a áquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa pre-contractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron. En consecuencia, debe primar la verdadera intención de las partes que a pesar de su inadecuada titulación, decidieron acordar un apremio, una garantía o una valoración de perjuicios, y éste es el efecto legal que debe prevalecer al interpretar el contrato en el que se incluyeron. Hecha la correspondiente interpretación, se le deben dar los efectos que correspondan según las reglas antes reseñadas.

Considera la Sala que debe detenerse en el tema de la exigibilidad de las cláusulas penales, pues según se desprende de la consulta formulada por el Sr. Ministro, al desaparecer las cláusulas de multas y la penal pecuniaria como consecuencia del cambio de legislación, no es posible “imponer” ninguna de las anteriores.

Como se advirtió el verbo “imponer” se encontraba en el derogado artículo 71 del decreto Ley 222 de 1983, y se entendió como característico de una relación jurídica de subordinación, exclusiva del derecho público.

La Sala considera que al desaparecer la legislación anterior y al tener que interpretarse las cláusulas de multas y la penal pecuniaria bajo el régimen de las cláusulas penales del código civil, no puede hablarse en estricto sentido de “imponer multas” sino de la “exigibilidad” de las penas estipuladas en los contratos, que como se dijo, son obligatorios a partir de la mora del deudor y si no las paga voluntariamente, prestan mérito ejecutivo.

Se empezó este recuento manifestando que las cláusulas penales son estipulaciones sobre el efecto del incumplimiento contractual, de manera que pasa ahora la Sala a ocuparse de la forma como el Estatuto General de Contratación de la Administración regula el incumplimiento del contratista, para terminar integrando lo expuesto en materia de cláusulas penales con tal régimen de incumplimiento.

Los dos regímenes de incumplimiento del contratista particular en el Estatuto General de Contratación de la Administración.

En el primer punto de este concepto, se analizaba como el decreto ley 222 de 1983, consideraba dos regímenes jurídicos aplicables a los contratos que celebraba la administración, el del derecho público y el del derecho privado. Se entendió y así lo regulaba la ley que era connatural al primero de ellos que las entidades contratantes gozaran del derecho a incluir las potestades exorbitantes pues se estaba en presencia de contratos administrativos, mientras que en el segundo régimen su inclusión era excepcional y expresa.

A pesar que la ley 80 de 1993 reguló la totalidad de la contratación bajo la categoría jurídica del contrato estatal, el artículo 14 determinó que las potestades excepcionales sólo se incluirán obligatoriamente en algunos contratos y de manera facultativa en otros, prohibiendo su estipulación en los demás. De esta manera, creo en la práctica dos especies de contratos estatales, aquellos que tienen las cláusulas excepcionales y los que carecen de ellas, lo que significa, para los efectos de este análisis, que el régimen del incumplimiento de los contratistas particulares es diferente se cuente o no con estas potestades, especialmente la de la caducidad administrativa. Se anota que si la parte incumplida es la administración sus efectos se rigen por el artículo 50 del Estatuto General de Contratación de la Administración.

a) La operatividad de las cláusulas penales en los contratos con cláusula de caducidad.

La administración dentro de su ejercicio tiene unos poderes y unos límites y son tales potestades las que los diferencian de los contratos de derecho privado. La Sala de consulta y Servicio Civil en el concepto No. 1293 ya relacionado, hizo un completo estudio sobre las potestades excepcionales en la ley 80/93 remitiéndonos al mismo con el fin de limitar el análisis al tema de las cláusulas penales

Hasta la providencia del 20 de octubre de 2005, proferida por la Sección tercera del Consejo de Estado, esta corporación venía sosteniendo de manera reiterada y coherente que las partes en el contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar libremente las multas o las cláusulas penales pecuniarias, y que en caso de incumplimiento del contrato la Administración, en desarrollo del privilegio de administración y control que la ley le ha dado para dirigir el desarrollo del contrato, podía declarar el incumplimiento, imponer la multa y cobrarla por jurisdicción coactiva⁶.

⁶ Ver providencias del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil del 4 de Junio de 1998 y 20 de junio de 2002 y Concepto 1.748 de 25 de Mayo de 2006.

Sin embargo el mismo Consejo de Estado, en la sentencia del 20 de octubre de 2005, manifestó que este tipo de cláusulas, si bien pueden ser pactadas en los contratos estatales, no pueden ser consideradas como verdaderas potestades excepcionales que la administración pueda imponer unilateralmente, ya que la facultad excepcional que se derivaba del decreto Ley 222 de 1983 fue derogada por la ley 80/93.

Bajo esta jurisprudencia, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la Administración llegará a percibir un incumplimiento del contrato, ésta debería acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, ya que como dijimos el Estado carece de competencia para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente⁷. Dado que este fallo se aleja sustancialmente de la postura que hasta el momento había venido sosteniendo el propio Consejo de Estado, la sentencia de manera expresa señala que se recoge la posición jurisprudencial que había permitido la imposición unilateral de multas por parte de la Administración.

No obstante lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil el 25 de mayo de 2006 emitió un concepto en sentido contrario a la posición vigente de la Sección Tercera de la misma corporación, confirmando la postura que hasta el fallo del 20 de octubre de 2005 esta corporación había defendido.

El concepto del 25 de mayo de 2006 dispuso lo siguiente:

“Por el peso de la tradición en la práctica cotidiana de los contratos estatales, se siguen estipulando cláusulas que se denominan multas o penal pecuniaria que, al no tener referente legal vigente, en lo posible deben ser tenidas como válidas e interpretadas bajo la regulación de las cláusulas penales, pues se reitera, conforme al mandato del artículo 1620 del Código Civil, “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron. En

⁷ RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán M.P. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 20 de Octubre de 2005.

consecuencia, debe primar la verdadera intención de las partes, que, a pesar de su inadecuada titulación, decidieron acordar un apremio, una garantía o una valoración de perjuicios, y éste es el efecto legal que debe prevalecer al interpretar el contrato en el que se incluyeron. Hecha la correspondiente interpretación, se le deben dar los efectos que correspondan según las reglas antes reseñadas”.

De acuerdo con el mencionado concepto del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 20 de octubre de 2005, desconoce que a partir de la expedición de la ley 80 de 1993 el régimen legal aplicable a las cláusulas de multas es el civil y que por tanto, las mismas se gobiernan por el principio de la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si en el contrato se dispuso un procedimiento para la imposición de la sanción y/o se facultó a uno de los contratantes para aplicar la pena en caso de incumplimiento de su co-contratante, el ejercicio de esa prerrogativa no nace precisamente de las características propias de las partes, sino de la capacidad de autoregulación que la ley les ha dado para tutelar los derechos que en su favor han surgido desde el momento en que se perfecciona el contrato.

Lo anterior unido a los argumentos que sostuvo el Consejo de Estado, y buena parte de la doctrina, para respaldar la validez de los actos administrativos a través de los cuales se imponían las multas contractualmente pactadas, y que se apoyaban en la naturaleza pública de la entidad contratante, en el cometido estatal que se buscaba cumplir con el contrato celebrado y en la facultad de administración y control del acuerdo de voluntades que se le asigna a las entidades estatales, creemos que existen suficientes argumentos para respaldar esta facultad, que de perderse implicará automáticamente un menoscabo en la capacidad de dirección de la cosa pública y pondrá a las entidades estatales en imposibilidad de garantizar el cumplimiento del contrato, arriesgando la consecución de los fines del Estado.

5. MARCO LEGAL LEY 1150/08

5.1 REFORMA AL ESTATUTO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

➤ Ámbito de aplicación

El propósito de la reforma no es derogar la Ley 80/93 sino ajustarla así como dictar normas aplicables a toda contratación que se realice con recursos públicos.

En ese sentido la nueva ley:

- Modifica la ley 80/93, derogando expresamente aquellas normas que le son contrarias e introduciendo nuevos mandatos destinados a reemplazarlos.
- Contiene disposiciones generales para la contratación con recursos públicos, cuyos destinatarios se pueden determinar en cada norma.

➤ Objetivos de la Reforma

El propósito de la ley es de mejorar la eficiencia y hacer más transparente la contratación pública. Del articulado se infieren dos objetivos adicionales: permitir que la contratación pública sea instrumento de política económica y social e incentivar en la misma el uso de mecanismos electrónicos.

La búsqueda de la eficiencia que se propone la reforma debería conducir a reducir los sobrecostos asociados a la compra pública.

Una respuesta apresurada al hecho evidente del mayor costo al que compra el Estado, podría señalar la ocurrencia de prácticas corruptas.

El análisis un tanto más tranquilo podría descubrir una realidad diferente, cual es la de encontrar que quien le vende a la administración debe sufragar costos de transacción adicionales a aquellos en que debe incurrir un particular para hacer lo propio. Así el dinero público tiene menor capacidad de adquisición que el privado.

Este propósito de búsqueda de la eficiencia, transversal a toda la reforma, lleva a modificar las formas de selección haciéndolas más simples y expeditas; establecer el principio de “pasa no pasa” para el tratamiento de las condiciones “habilitantes” de los proponentes; modificar el alcance del registro único de proponentes; regular en detalle la aplicación del principio de selección objetiva; flexibilizar el régimen de garantías; aclarar las reglas en materia de liquidación, prohibir el cobro de los

pliegos de condiciones y modernizar el régimen contractual de las entidades que compiten con los particulares en el desarrollo de actividades industriales y comerciales entre otros propósitos.

6. EL DEBIDO PROCESO

6.1 APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO

La administración pública para proceder a la declaratoria de incumplimiento del contratista y a la imposición de la cláusula penal, debe observar las reglas inherentes al debido proceso, por tratarse de una resolución que se adopta en ejercicio del privilegio de la autotutela declarativa o de la ejecución previa y ejecutoria y por afectar los derechos e intereses del particular que colabora en la gestión contractual pública⁸.

Si el artículo 29 de la Constitución política dispone que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y si la declaratoria por parte de la entidad pública del incumplimiento del contrato y de la efectividad de la penalidad es una típica actuación administrativa, es forzoso concluir, que para el ejercicio de este poder exorbitante se debe preservar el debido proceso.

Las reglas que debe observar la Administración para cumplir esta garantía constitucional consisten en el derecho del contratista a formular descargos y a presentar pruebas y controvertir las allegadas en su contra, como lo señalan los artículos 28 y 35 del Código Contenciosos Administrativo, que es fuente normativa de la contratación estatal conforme al artículo 23 y 77 de la ley 80/93.

- El daño antijurídico y la reducción de la pena

Al constituir la cláusula penal una estimación anticipada y convencional de los daños patrimoniales que sufre una parte contratante por el incumplimiento de la otra, su principal característica en el campo de la contratación estatal, al igual que en el derecho privado, es que comporta una presunción *juris et de jure* en torno a la existencia del daño antijurídico, cuyo efecto jurídico es que releva a la Administración de la carga de su prueba. Se infiere que el contratista no puede alegar para exonerarse de responsabilidad que el incumplimiento de sus obligaciones no ha causado daños a la entidad contratante, porque la presunción en torno a la existencia de éstos no admite prueba en contrario, como expresamente lo prescribe el artículo 1599 del Código Civil.

Así mismo la cláusula penal constituye una presunción de la cuantía de los daños derivados del incumplimiento contractual, lo que releva al contratista afectado de

⁸ ESCOBAR GIL. Op. Cit. p. 393

la carga de probar el quantum o monto de detrimento patrimonial. Es lo que se denomina el efecto evaluativo de la cláusula penal, que en la contratación pública tiene una singular relevancia, en la medida que normalmente los daños que sufre la Administración como consecuencia del incumplimiento del contratista no son susceptibles de valoración económica porque afectan directamente el interés público, es decir el interés propio común y coincidentes de todos o la mayoría de los miembros de la colectividad. Por esta consideración, la estipulación de la cláusula penal en los contratos estatales tiene una gran utilidad, por las dificultades que tendría la administración de probar en un proceso contencioso administrativo el monto del daño antijurídico y por consiguiente, de obtener el reconocimiento judicial de la indemnización patrimonial.

Sin embargo, a diferencia de la presunción de la existencia del daño antijurídico causado por el incumplimiento del contrato, que tiene la naturaleza propia de una presunción *juris et de jure*, la relativa a la cuantía del daño antijurídico, tiene la naturaleza de una presunción *juris tantum*; porque si bien la penalidad actúa como mecanismo de evaluación del daño, la ley reconoce al contratista incumplido el derecho de obtener una rebaja o disminución de la pena estipulada, en los casos que pruebe haber cumplido parcialmente la obligación principal y que ésta ha sido recibida por la Administración (C.C, art 1596). La jurisprudencia administrativa ha reconocido que esta regla limitativa de la pena por incumplimiento es aplicable a la contratación estatal por la necesidad de salvaguardar la justicia y la equidad frente a los efectos indemnizatorios de la cláusula penal.

➤ Acumulación de la Cláusula penal y la responsabilidad contractual

La cláusula penal y la responsabilidad contractual son instituciones que tienen una misma función jurídica, que se traduce en el derecho de la parte afectada de solicitar la reparación o indemnización de los daños antijurídicos derivados del incumplimiento contractual. Con fundamento en lo anterior, la Administración no puede exigir la penalidad junto con la indemnización de los daños por la vía de la responsabilidad contractual, porque si así fuere, obtendría un enriquecimiento patrimonial desvirtuándose la naturaleza reparatoria de estas dos figuras jurídicas.

De conformidad al artículo 1600 del Código Civil, la administración puede optar por declarar en sede administrativa el incumplimiento del contrato y exigir el monto de la penalidad, o renunciar a ésta, y solicitar ante el juez del contrato el reconocimiento del valor de todos los daños derivados del incumplimiento de su contratante. Si opta por esta segunda vía, la Administración al igual que cualquier particular deberá probar en el proceso contenciosos administrativo la ocurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil de naturaleza contractual, a saber: el incumplimiento de las obligaciones del contratista imputable a título de culpa, la existencia y cuantía del daño antijurídico (daño emergente y lucro cesante), y el nexo de causalidad entre éstos dos extremos.

➤ Acumulación de las multas y la cláusula penal

A diferencia de lo anterior, la Administración si puede exigir simultáneamente el reconocimiento de las multas y la cláusula penal, pues mientras las primeras tienen una naturaleza coercitiva, la segunda tiene una función reparatoria.

El artículo 1600 del Código Civil, permite que se pueda pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, en caso que así se haya estipulado expresamente por las partes. En esta hipótesis aparece claramente que los contratantes le han otorgado una función de apremio o compulsiva a la pena y no un carácter reparatorio, razón por la cual, la pena se estipula como una típica multa o sanción coercitiva, por ello, no es incompatible con la cláusula penal como instrumento jurídico de evaluación del daño. Por lo tanto, en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, la Administración en una primera fase puede imponerle multas para apremiarlo a la ejecución del objeto contractual y posteriormente puede hacer efectiva la penalidad estipulada en el contrato para obtener la indemnización del daño sufrido, puesto que se trata de dos instituciones que cumplen distintas funciones en la contratación administrativa.

Los rasgos característicos de la cláusula penal permiten concluir que no se trata propiamente de una sanción sino de un instituto que le permite a la Administración pública, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público, obtener el reconocimiento de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones del contratista, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Artículo 17- Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales⁹.

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 del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo 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

⁹ SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la ley 1150 de 2007-, comentarios al art 17- Del derecho al debido proceso. p. 94.

otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o de 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 multa 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.

- Justificación. La norma que comenta soluciona la discusión jurisprudencial que se ha dado en vigencia de la Ley 80/93, en relación con la posibilidad o no para la entidad pública de imponer y cobrar multas, así como de declarar el incumplimiento total o parcial del contrato, a propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al establecer tal posibilidad, en aras de la protección del interés público involucrado en la correcta ejecución del objeto contractual, enmarca el ejercicio de éstas potestades, como no podía ser de otra manera, dentro de la garantía constitucional del debido proceso.
- Situación Previa. Pronunciamientos a favor de la facultad de las entidades para imponer multas y declarar incumplimientos con el propósito de hacer efectivas las cláusulas penales pactadas en los contratos estatales.

Hasta la expedición de la sentencia radicada bajo el número de expediente 14579 del 20 de octubre de 2005, el honorable Consejo de Estado se pronunció a favor de la facultad de las entidades para imponer multas mediante acto administrativo motivado y declara incumplimientos para hacer efectivas dichas cláusulas.

“Es cierto que al tenor del artículo 1602 del Código Civil el contrato es una ley para las partes y lo es en consecuencia, la cláusula contractual en la cual las partes pactaron las multas ante un eventual incumplimiento del contratista. También lo es, que la cláusula de multas no aparece enlistada dentro de las cláusulas excepcionales de la ley 80/93, sin embargo la prerrogativa de imponerlas unilateralmente está prevista en otras disposiciones de carácter legal y aplicación general, a los cuales remite el Estatuto de Contratación Administrativa.

“Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y está muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80/93 no la incluyó en el artículo 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (art. 1592 C.C, y 867, C. de Co), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal.

“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 en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

“(…) Las potestades de autotutela de la administración pública.

Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Para la Sala la administración si 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 general otorga el artículo 64 del Decreto Ley de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el artículo 77 de la ley 80/93

“...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 80/93 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.

Los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández anotan sobre este particular:

“El poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones. A la administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las diferencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la ley no se conforme con reconocer a la administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones

y trate, antes que nada, asegurar que ese incumplimiento no se produzca autorizándola para poner en juego con este fin sus poderes de coerción y para imponer sanciones que muevan al contratista a evitar la situación de incumplimiento...”¹⁰.

En otra oportunidad el honorable Consejo de Estado expresó:

“La ley 80 de 1993 se refiere a las multas en el contrato estatal en los artículos 4º ordinal 2º, 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 terceros responsables según sea 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 del equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración de acuerdo con la información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales”.

“..(...) Los contratos estatales cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del art 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 tiene 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.

“(...)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 artículo 64 del Decreto –Ley 1 de 1984 a todos los actos administrativos. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 /93 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo, 4ª.edición. Civitas: Madrid, 1993. pp. 672-673.

“(…) La ejecutividad del acto administrativo es la manifestación de la potestad de autotutela que por vía general el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública. La ejecutividad no es otra cosa que el ejercicio por parte de la administración de las potestades que surgen de la ley del contrato esto es, la autotutela declarativa.

“(…) Para la Sala no era necesaria la autorización (…) del contratista a la entidad contratante para que descontara y tomara directamente el valor

De las multas de cualquier suma que le adeudara aquella, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil” se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores”, Esta actuación legítima de la administración, no sólo tiene su respaldo legal en las normas civiles, sino también en el artículo 64 del CCA como un medio más que le permite a la administración la ejecución de sus actos”.(resaltados fuera de texto).

En otra ocasión, el honorable Consejo de Estado se refirió particularmente a la facultad que le asiste a la administración para declarar

El incumplimiento del contratista, no sólo cuando tal declaratoria tenga como fin la aplicación de la cláusula de caducidad, sino también cuando ella tiene como propósito la efectividad de la cláusula penal:

“En vigencia de la Ley 80 de 1993, la Sala refiriéndose a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de sus poderes exorbitantes y **concretamente los sancionatorios**, en la sentencia del 13 de septiembre de 1999.

Expediente10.264, **precisó hasta cuando puede la administración hacer uso de dichos poderes**, de la cual se resaltan los siguientes apartes: La Sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, Expediente 3615, en cuanto rectificó la tesis sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad) después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de este” .

“(…) La Sala aclara que así el funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado social de derecho que pregoniza la Carta Política.

Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena

estipulada por falta de cumplimiento, cuando este ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva. En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó aunque en menor medida. Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la Sala en asuntos similares”¹¹.

En cuanto al alcance del párrafo del artículo 17, a nuestro criterio, la norma debe entenderse en aplicación del fenómeno que la doctrina ha denominado como “retrospectividad”. Jaime Giraldo Ángel explica este fenómeno en los siguientes términos¹²:

“En materia civil es principio general y casi absoluto que la ley no es retroactiva en virtud de que se considera que los derechos legítimamente adquiridos no pueden ser conculcados porque, de lo contrario, los ciudadanos vivirían en un permanente estado de inseguridad, sujetos siempre al capricho del legislador de turno:

“Encontramos, sin embargo, un fenómeno que pudiera considerarse como una forma de retroactividad, la retrospectión, en cuanto que una norma puede variar las situaciones jurídicas constituidas de acuerdo con normas anteriores.

Se diferencia la retrospectividad de la retroactividad en que ésta actúa sobre la causa generadora de un derecho, mientras que la retrospectividad actúa sobre los efectos que todavía no se han producido” (resaltados fuera de texto).

Es así como la norma contenida en el artículo 17 de la reforma salvaguarda cualquier duda sobre la posibilidad de hacer uso hacia el futuro de las cláusulas de imposición de multas o de declaratoria de incumplimiento, para hacer efectivas las cláusulas penales, siempre que las mismas hayan sido pactadas en el contrato.

Al respecto es pertinente aludir a lo establecido por el doctrinante Miguel Marienhoff, quien en su obra Tratado de Derecho Administrativo, en lo concerniente establece:

“Del mismo modo, las multas que se aplicaren al cocontratante con motivo de incumplimientos de éste (“comportamientos” o “conductas”) han de estar previstas o establecidas en el contrato o en los textos que lo integren, o han de ser consecuencia obvia del contrato en cuestión

¹¹ Ibid. p. 101.

¹² Ibid. p. 115.

(cláusula exorbitante del derecho común “virtual” o “implícita”); pero aun en este último caso la norma que establezca la multa debe ser anterior al hecho que pretenda sancionarse. Vale decir, el contrato y los textos que jurídicamente lo complementen deben ser la inexcusable “fuente”- directa o indirecta- de tales “multas”, las cuales, huelga decirlo, han de establecerse respetando las exigencias básicas del orden jurídico imperante en el país. Ello es así ya se trate de una multa “civil” o de una multa “penal”: lo primero (multa civil), porque aplicar a título de sanción por incumplimiento contractual una multa no prevista en el contrato, implica prescindir del contrato, lo que entonces privaría de causa jurídica esa sanción; lo segundo (multa penal o “substancia” penal) por que: a) como lo haré notar en un párrafo próximo, las sanciones contenidas en reglamentos de policía, por principio, no pueden ser aplicadas para reprimir incumplimientos “contractuales”; no es ese el objeto ni la finalidad de tales reglamentos; b) si dichas multas “penales” o de substancia penal, no estuvieren establecidas en una norma válida dictada antes del hecho constitutivo del incumplimiento contractual, su aplicación sería improcedente, pues, implicando ello una violación de principios esenciales contenidos en el artículo 18 de la Constitución Nacional, traduciría un desconocimiento de las reglas del “debido proceso legal”¹³.

De esta manera, para que la protección del derecho al debido proceso sea efectiva, es imperante que las causales, procedimientos y sanciones se encuentren previamente definidas en el contrato, pues, de lo contrario, la función administrativa sancionatoria quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de la administración, conducta que se encuentra proscrita en el Estado Social de Derecho establecido por el Constituyente de 1991.

La previa definición del procedimiento que constituye el proceso, ha sido denominada por la Constitución Política, como “formas propias de cada juicio”, y se constituye en consecuencia, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales o contractuales, constituyéndose en una vía de hecho.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

“Cuando una de las partes contratantes incumple con sus obligaciones, el acreedor por el solo hecho del incumplimiento no puede reclamar el pago de los perjuicios que no le hubieren sido causados con él, pues

¹³ MARIENHOFF Miguel. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo IIIA. Cuarta edición. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1994. Pág 416.

para ello requiere constituirse en mora al deudor, es decir, que el acreedor deberá reconvenir al deudor y una vez surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor ostenta la calidad de deudor moroso, momento en el cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del código civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal”.

7. ALTERNATIVAS DE DEFENSA

Ante el inicio de un procedimiento administrativo para imposición de una multa el contratista tiene las siguientes alternativas para ejercer el derecho a la defensa:

- 1- Dar cumplimiento a la obligación antes de la culminación del procedimiento.
- 2- Presentar descargos y pruebas en el término establecido para ello.
- 3- Llegar a una conciliación, transacción o amigable composición con la administración.
- 4- Hacer uso de los recursos concedidos.
- 5- Iniciar acción de tutela cuando se le hayan violado derechos fundamentales.
- 6- Acudir a la justicia contenciosa administrativa para solicitar la nulidad del acto que le impuso la sanción.
- 7- Solicitar ante la jurisdicción la suspensión provisional del acto que impuso la sanción si a ello hubiere lugar.

8. CONSORCIO Y UNIÓN TEMPORAL

AGRUPACIONES EMPRESARIALES: Consorcios y Uniones Temporales

8.1 GENERALIDADES

Las exigencias de la economía de mercado y la complejidad de las grandes obras de infraestructura que demanda la comunidad, le impone a los empresarios la necesidad de aunar sus esfuerzos para desarrollar eficientemente proyectos en común que separadamente, o no podrían emprender, o sólo podrían realizar a muy altos costos o con una mediana calidad.

El ordenamiento administrativo para atender esta necesidad, le permite a los particulares organizarse bajo distintas modalidades de colaboración empresarial para celebrar contratos con las entidades estatales para la ejecución de obras, la prestación de servicios, o el suministro de servicios en común. El estatuto de contratación administrativa ofrece tres instrumentos de colaboración empresarial, a saber: los consorcios, las uniones temporales y las sociedades de empresas.

Las figuras jurídicas que la Ley 80/93, denomina específicamente consorcios y uniones temporales, corresponden a un contrato de colaboración empresarial conocido genéricamente en el ámbito del Derecho Comparado como consorcio, unión temporal de empresas, joint venture, joint enterprise, syndicate, etc . y que tienen unas características más o menos comunes. En realidad, la diferencia entre los consorcios y las uniones temporales en nuestro ordenamiento positivo es muy tenue, razón por la cual, técnicamente es posible estudiar estas dos realidades positivas a la luz de los lineamientos que ha elaborado la doctrina científica en torno a la institución jurídica del consorcio.

A su turno las sociedades de personas, constituyen una modalidad de colaboración empresarial esencialmente distinta del consorcio, en la medida que conforma una persona jurídica distinta de las empresas socias.

8.2 LOS CONSORCIOS

El Consorcio es la agrupación de dos o más personas naturales o jurídicas, en ejercicio del derecho de asociación, que aúnan sus esfuerzos, recursos y aptitudes para realizar un determinado proyecto. De esta conjunción empresarial surge una

organización común con un centro único de dirección, de decisión, de control de gestión y de representación, sin personalidad jurídica y sin que los miembros de la unión pierdan su autonomía e individualidad.

La agrupación empresarial tiene su justificación en los principios de la especialidad y la división del trabajo, mediante las cuales se orientan unívocamente los esfuerzos de dos o más empresas que aportan su solvencia profesional, técnica y económica para alcanzar una mayor eficiencia en el desarrollo de un proyecto o actividad económica de interés común para todas. Se trata de una técnica de colaboración empresarial que propende por la coordinación de las actividades económicas afines de determinados sujetos en orden al incremento de la productividad. Es así que la reunión de empresas optimiza los resultados, al evitar la reiteración de dispositivos, instalaciones y servicios comunes utilizables por el grupo, o su infrautilización o la necesidad de recurrir a estructuras de escala reducida y poco rentable.

El Consorcio es una unión de empresas para el desarrollo de un proyecto común, que puede consistir en la construcción de una obra, o en la prestación de unos servicios, o en el suministro de unos bienes. En la base del consorcio descansa un substrato asociativo entre sujetos que conjugan sus fuerzas para el logro de unos fines que interesan a todos los consorciados.

Los consorcios pueden ser públicos o privados atendiendo a si los miembros que los conforman son personas jurídicas de derecho público o privado. Los consorcios públicos consisten en la unión de distintas entidades públicas entre sí o con los particulares para la ejecución de un proyecto de interés público o para la prestación de un servicio público. Esta forma asociativa se presenta usualmente en la Administración local o regional como técnica de gestión de las obras y los servicios. A su turno, el consorcio privado es un contrato atípico de colaboración entre dos o más empresas privadas, esencialmente regulado por el Derecho Comercial, de tracto sucesivo, oneroso y limitado a la realización de unos fines de interés común.

El acuerdo de integración consorcial propicia la creación de una organización centralizada para la adopción de estrategias y la toma de decisiones, que permite coordinar las actividades de sus miembros en la realización de la meta común. Las principales peculiaridades que presenta este instrumento jurídico de colaboración empresarial es que no constituye una persona jurídica distinta de sus miembros, pero si un núcleo de imputación jurídica que se basa en la solidaridad de sus miembros para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los terceros con quien contrata.

8.3 RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCIOS Y LAS UNIONES TEMPORALES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 6º de la Ley 80 de 1993 dispone que también podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y las uniones temporales.

En los términos de lo establecido por el numeral 1 del artículo 7º de la precitada ley, se entiende por consorcio *"cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato"*.

A su vez el numeral 2 del mismo artículo en lo que se refiere a la definición de la unión temporal retoma en su parte inicial el concepto del consorcio, pero en cuanto a la responsabilidad establece que en la misma se responde *"solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal"*.

Para tal efecto, el párrafo 1º del mismo artículo en cita previene que los proponentes deben indicar si su participación es a título de consorcio o unión temporal, caso este último en el que han de señalar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución. El segundo inciso del mismo párrafo dispone que los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, ejercerá su representación y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

CONCLUSIONES

- Siendo las multas un mecanismo a favor de la administración para conminar al contratista para que cumpla con las obligaciones contempladas en el contrato, también lo es la cláusula penal de apremio en donde se le requiere al contratista para que cumpla con su obligación, sin que por ello haya necesidad de hacer efectiva la cláusula penal, para lo cual se le debe establecer un procedimiento diferente considerando que ésta es una sanción por el incumplimiento.
- Cuando producto del acuerdo de voluntades entre las partes de un contrato se hayan establecido multas o cláusulas penales de apremio, dentro del clausulado del mismo contrato éstas deben dejar establecido:
 - a) **La tipicidad.** Las obligaciones que deben ser objeto de apremio o de sanción en la ejecución del contrato deben quedar claramente establecidas.
 - b) **Criterios para la graduación del incumplimiento,** si es simple, reiterado, que ponga en peligro el cumplimiento del objeto, que cause perjuicio a la entidad o a terceros.
 - c) **Criterios para la imposición de la multa.** La diligencia y cumplimiento anteriores, reconocer el incumplimiento y subsanarlo antes de terminar el procedimiento, haber resarcido el daño ocasionado con el incumplimiento a la entidad o a terceros, haber tenido requerimientos anteriores, ser el incumplimiento reiterado y otros que a bien tengan las partes contemplar en el contrato.
 - d) **La competencia** para iniciar el procedimiento e imponer la multa.
 - e) **El número de requerimientos previos** antes de iniciar el proceso de imposición de la multa.
 - f) **Los términos** de cada etapa en el proceso de la fijación de la multa o cláusula penal de apremio.
 - g) **Los atenuantes y agravantes** para imposición de la multa.
 - h) El daño que se produzca a la administración con el incumplimiento.
 - i) Notificaciones y dirección para notificaciones.

- Toda decisión de imposición de multa debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.
- El área encargada de la supervisión o coordinación del contrato debe velar porque los interventores al iniciar un procedimiento de multa establezcan en forma clara y precisa los hechos que tipifiquen una de las causales preestablecidas para su imposición y aportar las pruebas que les sirvan de soporte, para que el contratista, en la oportunidad prevista, pueda ejercer su defensa frente a tales hechos y controvertir las pruebas aportadas, así como solicitar las que sustenten su defensa.
- Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia del incumplimiento subsistente de una obligación específica y éste incumplimiento se perpetúa hasta la oportunidad prevista en el procedimiento para decidir, la administración deberá imponer la multa.
- Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia del incumplimiento subsistente de una obligación específica y en la oportunidad de resolver se advierte que el hecho configurativo de incumplimiento ya no existe, es decir, fue subsanado por el contratista ante el apremio efectuado, la administración deberá cerrar el procedimiento de multa.
- Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia de incumplimientos que ya han sido subsanados por el contratista, defiriendo la procedencia de la multa a que el retraso en tales actividades no haya cesado en el momento en el que el ordenador del gasto resuelve el respectivo procedimiento.¹⁴
- Siempre que se cause perjuicio a la administración o a un tercero se debe imponer la multa, siempre y cuando no haya sido resarcido por el contratista.
- Procedimiento sugerido para imposición de multas:
 - Inicio del procedimiento por parte del interventor o supervisor del contrato cuando observe el incumplimiento.
 - Notificación de requerimiento escrito en donde se determine la obligación no cumplida para que el contratista proceda a dar cumplimiento o presente descargos y pruebas en un término preestablecido por las partes.
 - Práctica de pruebas en audiencia.
 - Audiencia de conciliación, transacción o amigable composición
 - Decisión administrativa para imponer o exonerar de la multa.
 - Recursos.

¹⁴ MELENDEZ Inocencio. *Memorando de Instrucción Jurídica Interna DTL -6000*". Instituto de Desarrollo Urbano-IDU-. Bogotá. Pág 29.

BIBLIOGRAFÍA

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría de los contratos de la Administración Pública. LEGIS, Bogotá. 2000. p. 368. Las partes del Contrato págs.95-104, y 123. Agrupaciones empresariales Consorcios y Uniones Temporales pág. 129-141.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDÉZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo, 4ª.edición. Civitas: Madrid, 1993. pp. 672-673.

JARAMILLO, Carlos Esteban. Dr. Ponente. Sentencia del 23 de mayo de 1996, Expediente 4607.

MARIENHOFF Miguel. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Tomo IIIA. Cuarta edición. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1994. Pág 416.

RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán M.P. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 20 de Octubre de 2005.

SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la ley 1150 de 2007-, comentarios al art 17- Del derecho al debido proceso. Pág. 94.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Decreto número 2474 de 2008 de 7 de julio de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Artículo 87 y 89. Pág 60

ANEXO DE ACTUALIZACIÓN

En el presente trabajo se contempló el decreto 066 de enero 16 de 2008, el cual no hizo alusión al procedimiento de la imposición de las multas. Con la expedición del decreto 2474 el 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 87 Procedimiento de imposición de multas establece:

“De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.

En concordancia el Artículo 89. Manual de contratación establece:

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes, y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección, así como de la vigilancia y control de la ejecución contractual en los términos establecidos en el presente decreto.

Con lo anterior se evidencia la importancia significativa de que dentro del Manual de contratación de cada entidad se elabore el procedimiento a seguir para imponer las multas a fin de conservar principios fundamentales como la transparencia y el debido proceso.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	EL DEBIDO PROCESO EN LA FIJACIÓN DE MULTAS A LOS CONTRATISTAS DEL ESTADO POR PARTE DE LA ENTIDADES ESTATALES.
3	AUTOR(es)	ALVAREZ CHAVÉZ GILMA; MOLINA CASTRO MARTHA LILIANA
4	AÑO Y MES	2008-07
5	NOMBRE DEL ASESOR	JORGE GARCÍA CALUME
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	<p>El trabajo de grado brinda un procedimiento mediante el cual se le garantice al Contratista que en caso de fijarse una multa tendrá un debido proceso por medio de el Manual de Contratación que se traduce en lo siguiente:- Inicio del procedimiento por parte del interventor o supervisor del contrato cuando observe el incumplimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Notificación de requerimiento escrito en donde se determine la obligación no cumplida para que el contratista proceda a dar cumplimiento o presente descargos y pruebas en un término preestablecido por las partes. - Práctica de pruebas en audiencia. - Audiencia de conciliación, transacción o amigable composición - Decisión administrativa para imponer o exonerar de la multa. - Recursos. <p>The work degree provides a procedure where by it guarantees the contractor that if a fine will be due process through the Procurement Manual which translates as follows: -</p> <ul style="list-style-type: none"> - Initiation of proceedings by the controller or supervisor Contract watch when the breach. -- Notification of formal notice in writing where it is determined not fulfilled the requirement for the contractor to proceed to implement this or releases and evidence in a -- Practice in hearing tests. -- Hearing conciliation, compromise or conciliation -- Decision to impose administrative or exonerate the fine. -- Resources.
7	PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES	MULTAS-DEBIDO PROCESO
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	COMERCIAL
9	TIPO DE INVESTIGACIÓN	DOCUMENTAL

10	OBJETIVO GENERAL	Propender para que mediante la investigación, se generen nuevos conocimientos y aportaciones en el campo del derecho, que permitan contribuir a la resolución del problema de la fijación de las multas, actuación enmarcada dentro de un debido proceso que garantice los derechos de los contratistas.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ol style="list-style-type: none">1- Realizar un recorrido al ordenamiento jurídico, para determinar el origen de las multas, el objeto y la utilización de las mismas.2- Establecer los antecedentes históricos, legales, jurisprudenciales y doctrinales en la fijación de las multas por parte de las entidades públicas, enfocando los procesos utilizados.3- Determinar mediante análisis de la práctica, como han sido los procedimientos utilizados en la fijación de las multas en la actividad contractual con el estado y si han sido ajustados a los procedimientos establecidos en la ley y la jurisprudencia para casos similares en donde se ha garantizado el debido proceso.

12	FUENTES BIBLIOGRAFICAS	<p>ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría de los contratos de la Administración Pública. LEGIS, Bogotá. 2000. p. 368. Las partes del Contrato págs.95-104,123. Agrupaciones empresariales Consorcios y Uniones Temporales pág. 129-141.</p> <p>GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDÉZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo, 4ª.edición. Civitas: Madrid, 1993. pp. 672-673.</p> <p>JARAMILLO, Carlos Esteban. Dr. Ponente. Sentencia del 23 de mayo de 1996, Expediente 4607.</p> <p>MARIENHOFF Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo IIIA. Cuarta edición. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1994. Pág 416.</p> <p>RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán M.P. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia 20 de Octubre de 2005.</p> <p>SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la ley 1150 de 2007-, comentarios al art 17- Del derecho al debido proceso. Pág. 94.</p> <p>DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Decreto número 2474 de 7 de julio de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad</p>
----	------------------------	--

13	RESUMEN O CONTENIDO	<p>El tema desarrollado fue escogido debido a la necesidad de dar aplicabilidad a la imposición de multas en los contratos estatales sin violación del debido proceso, es por esto que se inició con una investigación normativa, sobre el origen de las multas en el derecho, tomando en especial el derecho en Colombia, y centrándonos en lo contemplado en el mismo como autonomía de la voluntad entre las partes contratantes. Teniendo en cuenta que la necesidad de investigación se generó en la actividad contractual del estado, hubo necesidad de remontarse a la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en cuanto a la imposición de las multas en los contratos estatales, con los cambios de posición acentuados al pronunciarse sobre la viabilidad que fuera la propia administración quien las impusiera y en otros que era el juez del contrato teniendo en cuenta la igualdad de las partes y la imposibilidad de ser una de ellas juez y parte, creando la inestabilidad jurídica que tanto entidades estatales como contratistas tuvieron que soportar por largos años, ya que dejaba a discreción de la administración la e</p> <p>En ese orden de ideas, se hizo una investigación normativa a partir de las normas civiles d</p> <p>Se pudo hacer un análisis de avance en cuanto a que la administración tiene la facultad pa</p> <p>Finalmente llegamos a la conclusión con un esquema de debido proceso, pero quedando</p>
----	---------------------	---

14	METODOLOGÍA	La metodología utilizada fue a través de la consulta de textos y jurisprudencia y unas conclusiones finales basadas en la práctica .
15	CONCLUSIONES	<p>CONCLUSIONES</p> <p>☒ Siendo las multas un mecanismo a favor de la administración para conminar al contratista para que cumpla con las obligaciones contempladas en el contrato, también lo es la cláusula penal de apremio en donde se le requiere al contratista para que cumpla con su obligación, sin que por ello haya necesidad de hacer efectiva la cláusula penal, para lo cual se le debe establecer un procedimiento diferente considerando que ésta es una sanción por el incumplimiento.</p> <p>☒ Cuando producto del acuerdo de voluntades entre las partes de un contrato se hayan establecido multas o cláusulas penales de apremio, dentro del clausulado del mismo contrato éstas deben dejar establecido:</p> <p>a) La tipicidad. Las obligaciones que deben ser objeto de apremio o de sanción en la ejecución del contrato deben quedar claramente establecidas.</p> <p>b) Criterios para la graduación del incumplimiento, si es simple, reiterado, que ponga en peligro el cumplimiento del objeto, que cause perjuicio a la entidad o a terceros.</p> <p>c) Criterios para la imposición de la multa. La diligencia y cumplimiento anteriores, reconocer el incumplimiento y subsanarlo antes de terminar el procedimiento, haber resarcido el perjuicio causado.</p> <p>d) La competencia para iniciar el procedimiento e imponer la multa.</p> <p>e) El número de requerimientos previos antes de iniciar el proceso de imposición de la multa.</p> <p>f) Los términos de cada etapa en el proceso de la fijación de la multa o cláusula penal de apremio.</p>

g) Los atenuantes y agravantes para imposición de la multa.

h) El daño que se produzca a la administración con el incumplimiento.

i) Notificaciones y dirección para notificaciones.

Toda decisión de imposición de multa debe fundarse en pruebas regular y oportunamente

El área encargada de la supervisión o coordinación del contrato debe velar porque los in

Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia del incumplimiento subsistente d

Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia del incumplimiento subsistente d

Si se inicia el procedimiento de multa ante la evidencia de incumplimientos que ya han s

Siempre que se cause perjuicio a la administración o a un tercero se debe imponer la mu

Procedimiento sugerido para imposición de multas:

- Inicio del procedimiento por parte del interventor o supervisor del contrato cuando obs

- Notificación de requerimiento escrito en donde se determine la obligación no cumplida

- Práctica de pruebas en audiencia.

- Audiencia de conciliación, transacción o amigable composición

- Decisión administrativa para imponer o exonerar de la multa.

- Recursos.

--	--	--

3