



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial

Yohan Manuel Buitrago Vargas

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Área Curricular de Derecho
Maestría en Derecho – Profundización en Administrativo
Bogotá, D.C.
2014**

Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial

Yohan Manuel Buitrago Vargas

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho**

**Director
Dr. César Antonio Cohecha León**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Área Curricular de Derecho
Maestría en Derecho – Profundización en Administrativo
Bogotá, D.C.
2014**

Resumen

El presente trabajo busca determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el sistema contractual estatal actual (Leyes 80/93, 1150/07 y 1474/11), para poder establecer a renglón seguido, si son o no cláusulas excepcionales y determinar sus efectos en la práctica contractual colombiana. La investigación que se llevó a cabo, resuelve el interrogante planteado, afirmando que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común (no excepcionales), su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración pública, a manera de potestad excepcional, aun cuando las partes del contrato las hayan pactado, resulta contraria a su naturaleza, esencia y finalidad y por ende su imposición violaría el principio de legalidad y se encontraría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Palabras claves.: Multas, clausula penal pecuniaria, facultad sancionatoria contractual, clausulas comunes, clausulas excepcionales.

Abstract

This paper seeks to determine the legal nature of the pecuniary penalty and contractual penalty clause in the current state contract system (Law 80/93, 1150/07 and 1474/11), to establish immediately afterwards, whether or not clauses exceptional and determine their effects on the Colombian contractual practice. The research was carried out, solves the question posed, stating that the pecuniary penalty clause and contractual penalty clauses constitute (not exceptional) common law, the covenant is not binding in the current contractual system and its unilateral imposition part of the public administration, as an exceptional power, even when the parties have agreed to the contract, is contrary to its nature, essence and purpose and therefore its imposition would violate the principle of legality and find affected object and void unlawful.

Key words: Fines, penal clause pecuniary, faculty contract punitive, common provisions, exceptional clauses

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract	V
Introducción	1
1. La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales. Aproximación conceptual, marco legal y tratamiento jurisprudencial	7
1.1 Naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales	7
1.1.1 La cláusula penal pecuniaria.....	7
1.1.2 Las multas contractuales	14
1.2 Regulación, pacto e imposición por vía administrativa y regla de control judicial de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales	19
1.2.1 La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como potestades sancionatorias contractuales	19
1.2.2 Regulación, pacto e imposición por vía administrativa. Evolución normativa y jurisprudencial	30
1.2.3 La regla de control judicial	39
2. El tratamiento de las cláusulas penal pecuniaria, multas contractuales y excepcionales en el derecho contractual colombiano	43
2.1 Las cláusulas excepcionales en el derecho administrativo contractual colombiano. Aspectos generales, aproximación normativa y conceptual	43
2.1.1 Las cláusulas excepcionales y la nueva concepción constitucional del Estado. Fundamento constitucional.....	43
2.1.2 Las cláusulas excepcionales	48
2.2 La Nulidad por objeto ilícito del pacto contractual de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales	56
2.2.1 La cláusula penal pecuniaria, las multas contractuales y su relación con el poder administrativo sancionador del Estado	57

2.2.2 La nulidad del pacto de las cláusulas comunes como cláusulas excepcionales en la contratación regulada por el derecho privado.....	62
3. Los vacíos jurídicos de la concepción actual de las cláusulas penal pecuniaria y de multas	75
3.1 Violación del principio de legalidad al catalogarse la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como sanciones administrativas.....	75
3.2 Violación del principio de legalidad al permitirse la imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas exorbitantes.....	81
3.3 Violación del principio de legalidad al aplicar la cláusula penal y las multas contractuales por la vía de las competencias implícitas.....	85
4. Conclusiones y recomendaciones	87
Bibliografía	93

Introducción

El diseño Constitucional adoptado por el constituyente de 1991, ha otorgado a los particulares un papel preponderante, pues además de constitucionalizar la libertad de empresa y la iniciativa privada (Art. 333), ha admitido que ellos presten servicios públicos, los cuales se han calificado como inherentes a la finalidad social del Estado y por ésta vía comprometiéndolos en el deber de prestarlos de manera eficiente, regular y oportuna a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 365).

Dentro del marco constitucional antes referido, se profirió – en el año 1993 - el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tratando de poner a tono el sistema de contratación estatal con el nuevo orden constitucional, es decir, para buscar realizar los fines del Estado ajustados a los nuevos principios de la función pública consagrados en el artículo 209 superior.

Esta normativa impone, por norma general, que los contratos que celebren las entidades sometidas al estatuto se deben regir por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (Art. 13, ley 80/1993), salvo las particularmente reguladas por esa ley; y a renglón seguido, establece con claridad un régimen de excepción con el exclusivo fin de obtener el cumplimiento de los fines de la contratación, evitar la paralización o la afectación grave de los servicios público a su cargo y para asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, naturalmente, por la preponderancia de los intereses que se encuentran en juego y para realizar el interés general. (Art. 14, ley 80/1993)

Bajo ésta óptica, se encuentra que la cláusula penal pecuniaria y de multas se regulan exclusivamente en el ordenamiento civil y comercial, por ende se constituyen en cláusulas típicas del derecho común y propias de la contratación privada. Teniendo en cuenta lo anterior, se colige que el pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales resulta ser un asunto propio del derecho contractual privado (léase civil y comercial), originado esencialmente en los principios de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad privada e incorporados a la contratación estatal por mandato del artículo 13 arriba citado; por tal motivo, el trabajo que el autor se dispone a estudiar, busca presentar de una manera breve, con claridad y sencillez, exclusivamente enfocado a la profundización del tema, un estudio detallado y sistemático del tratamiento actual de la cláusula penal pecuniaria y las multas en la contratación estatal (tanto legal como jurisprudencialmente) y la relación que estas dos instituciones tienen con las

cláusulas excepcionales, dentro del marco general del derecho público y en particular del derecho constitucional y administrativo contractual.

Resulta oportuno comenzar señalando que el Decreto Ley 222 de 1983 (estatuto contractual anterior), tal y como lo anota Palacio Jaramillo¹, reflejaba la concepción estatal del constituyente de 1886, caracterizada por el monopolio Estatal, en donde los particulares colaboradores de la administración estaban sometidos a un régimen de fuertes exorbitancias, privilegios estatales, estrictos y rigurosos controles y reglamentaciones, desligado de la normativa comercial y civil, para otorgarle mayor autonomía al derecho público y, en últimas, para prolongar el modelo de un Estado interventor. La regulación de las “cláusulas exorbitantes”, en el estatuto de 1983, reflejaba una orientación estatal y el querer del legislador de dotar al Estado de claros privilegios frente a los particulares, en donde éstos se encontraban claramente sometidos a su imperium, desligados de la prestación de los servicios públicos, constituyéndose la administración en la única gestora del interés general.

A contrario sensu, el estatuto contractual posterior (Ley 80/1993), se ajusta al nuevo diseño constitucional en el que se le otorga participación a los particulares en la prestación de los servicios públicos y por esta vía en el cumplimiento de los fines estatales, dentro del marco de la observancia y el respeto de la libre competencia y la iniciativa privada (limitados constitucionalmente por el bien común), los cuales colocan al Estado y a los particulares, por norma general, en un plano de igualdad que les permite al amparo del principio de la autonomía de la voluntad determinar las condiciones negociales de los pactos contractuales, sometidos además a los principios y régimen del derecho comercial y civil (Art. 13, Ley 80/1993).

Así las cosas, en el ámbito académico², se ha admitido que ese estatuto recuperó para la contratación estatal el principio de la autonomía de la voluntad y desregula de manera drástica el régimen excepcional, precisamente por la nueva concepción y diseño constitucional del Estado, siendo un claro ejemplo de ello, la eliminación del carácter obligatorio de las cláusulas penales y las multas contractuales y su exclusión del catálogo de cláusulas excepcionales.

Bajo la anterior óptica, se considera que resulta justificado el estudio del tema, toda vez que en la actual regulación (Ley 1150/07 y 1474/011), la cláusula penal pecuniaria y las

¹PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Cláusulas excepcionales” Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: En Revista de Derecho Público Nro. 17, 2004. pp 101 a 110.

²Ibid. p. 101 y s.s.

multas contractuales, si fueron pactadas en el contrato, se constituyen en sanciones para el particular contratista (colaborador), las cuales se pueden imponer unilateralmente a manera de cláusula excepcional (convirtiendo la excepción en regla general) y hacerse efectivas directamente (léase unilateralmente) por parte de la administración, quien funge como Juez y parte, en observancia del privilegio de decisión previa y ejecutoria, pues dicha situación, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado³, resultaría contrario a los principios de igualdad absoluta y de autonomía de la voluntad, como transversales a la contratación sometida al régimen privado, en donde los contratistas no pueden sancionarse mutuamente y la declaratoria de incumplimiento y la sanción del contratista se encuentra reservada al Juez del contrato.

El estudio del tema de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, existen tres (3) escenarios diferentes (con incidencia actual, por lo menos en su análisis), el primero de ellos, regulado por el Decreto Ley 222 de 1983 (en su mayoría derogado), cuando el legislador colombiano las calificó como “cláusulas exorbitantes”, con su pacto obligatorio y otorgando a la administración la competencia para imponerlas unilateralmente; el segundo escenario, se establece en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80/1993), en el cual el legislador las excluyó del régimen excepcional, en la medida en que no mencionó la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales dentro del catálogo de las “cláusulas excepcionales”; no las consagró para ser estipuladas como cláusulas obligatorias (a diferencia de la normativa anterior), guardando silencio sobre su pacto, la competencia y el procedimiento para imponerlas y; finalmente, el último escenario, regulado por las leyes 1150 de 2007 (Art. 17) y 1474 de 2011 (Art. 86), en las cuales se le otorga competencia a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones (por conducto de las multas) y de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, previa observancia de un procedimiento sumario diseñado para tal fin (las cuales no se encuentran reguladas en el Estatuto General como cláusulas excepcionales, ni tienen el carácter obligatorio) y; siempre y cuando se hayan pactado en el contrato, pueden imponerse unilateralmente por parte de la administración, alcanzando la condición de sanción dentro de la actuación contractual, es decir que se consagró un procedimiento para aplicar una sanción, con innegables características de potestad excepcional.

La situación anteriormente referida pone de presente una concepción disímil y un tratamiento diferenciado para el tema de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, en el estatuto anterior (Decreto 222 de 1983) y en el régimen normativo vigente de la contratación estatal colombiana (Leyes 80/93, 1150/07 y 1474/11), resultando obligatorio en criterio del autor del presente escrito, efectuar un ejercicio

³COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Magistrada ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 28 de septiembre de 2011. Radicación número: 25000232600019940049401(15476).

investigativo para determinar si se está ante un cambio normativo con efectos relevantes en el panorama y la práctica jurídica o si por el contrario, nos encontramos ante un yerro legislativo o un simple lapsus del legislador, sin efectos relevantes.

Ante la divergencia y los vacíos ya resaltados, en la presente investigación, la pregunta a resolver se circunscribe a determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el sistema contractual estatal actual (Leyes 80/93, 1150/07 y 1474/11), para poder establecer a renglón seguido, si son o no cláusulas excepcionales y determinar sus efectos en la práctica contractual colombiana. La definición de la naturaleza jurídica de tales la cláusulas se constituye en un asunto de singular importancia, en la medida en que tal definición permitirá al administrador de turno, al contratista y al operador jurídico, aplicarlas de manera adecuada y conocer las consecuencias contractuales, económicas, sociales y jurídicas de tales actuaciones.

La investigación que se llevó a cabo, resuelve el interrogante planteado, afirmando que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común (no excepcionales), su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración pública, a manera de potestad excepcional, aun cuando las partes del contrato las hayan pactado, resulta contraria a su naturaleza, esencia y finalidad y por ende su imposición violaría el principio de legalidad y se encontraría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito.

La hipótesis planteada se encuentra justificada, en primer lugar, por cuanto resulta ajeno al principio de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad (como pilar de los contratos sometidos al derecho privado) y al principio de la libre concurrencia y a la libertad de empresa, pensar que el particular colaborador de la administración pueda pactar su sometimiento a un régimen sancionatorio, proyectado siempre en favor de la administración (si admitimos que el contrato estatal resulta ser un contrato de adhesión), junto con la posibilidad de ser impuestas y ejecutadas unilateralmente por parte de la administración, es decir, sin acudir al Juez del contrato; en segundo lugar, porque el estatuto contractual (Art. 14 de la ley 80/93) no incluye la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como excepcionales y, por ende, no se puede admitir el pacto de una cláusula común (Art. 13 Ley 80/93) con connotación, en su aplicación de cláusula excepcional, puesto que se desconocería el principio de legalidad. En definitiva, resulta incongruente, que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se pacten como cláusulas del derecho común (régimen general), pero que su imposición se rija por los postulados del régimen excepcional (cláusulas excepcionales).

Por lo ya referido, se planteó como objetivo general de la investigación establecer si es jurídicamente procedente la estipulación de la cláusula penal y las multas contractuales en la contratación estatal y de serlo, determinar si resulta o no excluyente con el ejercicio de las potestades excepcionales. Para cumplir el objetivo anterior, resulta obligatorio estudiar, conocer y entender el origen de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el régimen comercial y civil colombiano; conocer y entender los antecedentes y la regulación vigente en relación con el pacto e imposición de las multas y la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada dentro del marco de la contratación estatal; conocer y entender las características y la regulación de las cláusulas excepcionales en el actual régimen de contratación estatal y; finalmente, conocer y entender que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como estipulaciones del derecho común pueden aplicarse bajo las normas que regulan el régimen excepcional y, en caso afirmativo si tal situación desnaturaliza el acuerdo contractual sometido al régimen privado y torna nulo absolutamente tal pacto, por objeto ilícito.

Para cumplir los objetivos antes señalados, se debe indicar que la investigación jurídica que ha originado este trabajo, se ha estructurado sobre la base de estudio y análisis del régimen legal anterior y actual de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, la jurisprudencia de las altas cortes, junto con el estudio de los planteamientos de la doctrina nacional y extranjera, fuentes de carácter primario y secundario que impusieron una revisión extensa de documentos y su respectivo análisis comparativo, por lo que una vez recaudada la información mínima para tener un fundamento bibliográfico del problema jurídico y de la hipótesis, se estructuró un plan de trabajo en el cual ajustado al método lógico de investigación (principalmente utilizando las modalidades históricas, analítica descriptiva y dialéctica), se conoció y entendió la evolución legislativa y jurisprudencial de tema y se concluyó la importancia del pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en la contratación estatal.

Por efectos puramente metodológicos y para la presentación ordenada del trabajo, la investigación se ha dividido en tres (3) capítulos: el primero de ellos, enfocado a presentar una aproximación conceptual, legal y jurisprudencial de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, relievando su justificación e importancia y destacando aspectos conflictivos suscitados sobre su pacto e imposición unilateral, resaltándose los argumentos por los cuales actualmente la ley, la jurisprudencia y la doctrina admiten la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como una manifestación del poder administrativo sancionador del Estado; el segundo capítulo, presenta una aproximación a la regulación de las cláusulas excepcionales, su naturaleza jurídica y fundamento constitucional en relación con el nuevo modelo de Estado vigente, las características, finalidades, alcances y su regulación jurídica actual; relievando las diferencias conceptuales existentes entre las cláusulas de derecho común y las cláusulas excepcionales y la relación que ha admitido parte de la doctrina entre principio de legalidad y las competencias implícitas otorgadas a la administración; el tercer capítulo, se dedicó exclusivamente a presentar los diferentes argumentos o motivos que rechazan la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales.

Finalmente, se presenta a manera de conclusión, una síntesis de los argumentos que conllevan a corroborar la hipótesis formulada en la presente investigación.

1. La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales. Aproximación conceptual, marco legal y tratamiento jurisprudencial

Este aparte de la disertación se dedica a presentar una aproximación conceptual, el marco legal y el tratamiento jurisprudencial de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en el ordenamiento jurídico colombiano, precisando los aspectos problemáticos que se han suscitado en relación con su pacto, imposición por vía administrativa y la regla de control judicial, resaltando que en la actualidad se acepta como una sanción administrativa.

1.1 Naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales

Resulta importante destacar que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales son cláusulas reguladas por el derecho común⁴, por lo que se encuentran reguladas en el ordenamiento comercial y civil, situación que nos obliga a investigar y poner de presente la fuente legal de su regulación y sus características más destacadas, trabajo que se analiza a continuación.

1.1.1 La cláusula penal pecuniaria

El estudio de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, parte del análisis de la normatividad del derecho privado, para efectos del entendimiento del tema y su aplicación en el campo de la contratación de la Administración Pública, el cual se presenta de manera sucinta.

⁴COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)

El Código Civil colombiano trata la cláusula penal pecuniaria en los artículos 1592 y s.s., definiéndola, en los siguientes términos:

“Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”.

Los chilenos Alessandri R., Arturo, Somarriva U. Manuel y Vodanovic H., Antonio⁵, luego de presentar en su obra una idea general de la cláusula penal, en la cual se le califica como una cláusula especial, la definen así:

“916. DEFINICIONES. En forma breve puede definirse la cláusula penal como la estipulación en que las partes de un contrato convienen que en caso de incumplimiento o de retardo por uno de los contratantes, este quedará obligado a efectuar determinada prestación.”.

Los autores citados, indican que la cláusula penal puede ser moratoria o compensatoria, toda vez que la definición legal (*absolutamente idéntica tanto en el sistema chileno (C.C. Art. 1535) como colombiano (C.C. Art. 1592)*) enseña que la pena se estipula para el caso de *no ejecutar* o de *retardar* la obligación principal, resultando entonces *compensatoria*, la que tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación, y *moratoria o retardatoria* la que tiene por objeto indemnizar el daño derivado de la mora.

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil⁶, en Sentencia del 7 de octubre de 1976, definió y caracterizó la cláusula penal pecuniaria como pasa a resaltarse:

“(…) 1. En lo atinente a la estimación de los perjuicios éstos pueden ser regulados por la ley, el juez, o la convención. La primera hipótesis ocurre cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por

⁵ ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U. MANUEL y VODANOVIC H., Antonio. “Tratado de las Obligaciones”. Volumen II, Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Editorial Jurídica de Chile: Segunda edición ampliada y actualizada, Santiago de Chile, 2004. p. 328 y s.s.

⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencias del 7 de Octubre de 1976. Gaceta CLII – 441. Antología Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006. 120 años Corte de Casación, Tomo I, Sala Civil, 1 ed. Bogotá D.C: Sigma Editores Ltda, 2007. p. 817 y s.s.

ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero (Art. 1617 del C.C., 883 y 884 del C.C.). La segunda tiene lugar cuando le corresponde al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convención (Art. 1613 del C.C.). La tercera y última hipótesis se configura cuando las mismas partes contratantes lo fijan en el negocio jurídico. (Art. 1592 y s.s. del C.C.)

2. La evaluación convencional de los perjuicio o cláusula penal, según la ley “es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” (Art. 1592 del C.C.). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o de caución, o de estimación anticipada de perjuicios”.

En la sentencia en cita, la Corte destacó también el conjunto de ventajas que el pacto de la cláusula penal pecuniaria, como estimación anticipada de perjuicios, le concede al acreedor, así:

“(…) 3. Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de probar dicha culpa (Art. 1604 del C.C.); en tercer lugar, evita las controversias sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor(…)”.

La sala civil de la alta corporación de justicia en cita, reiteró las líneas antes transcritas, en la Sentencia del 23 de mayo de 1996⁷, bajo los criterios que se resaltan a continuación:

"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

⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente: Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607.

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 (...)".

En cuanto hace referencia al estatuto comercial, la cláusula penal se encuentra consagrada el artículo 867, norma que nola define propiamente. Sin perjuicio de lo anterior ArrublaPaucar, para efectos del estudio de la contratación mercantil, la define y caracteriza así⁸:

“Entendemos por cláusula penal, toda estipulación contractual, que previendo el incumplimiento de alguna de las partes establece una obligación accesoria la cual deberá pagar el contratante incumplido, a título de indemnización o de pena.

En la anterior conceptualización de la cláusula penal se pueden destacar sus principales características:

- a) Se trata de una cláusula accidental de los contratos mercantiles. Las partes pueden estipularla o no hacerlo.
- b) Con la estipulación se pretende predeterminar las consecuencias del incumplimiento de las demás obligaciones del contrato.
- c) Es fuente de una obligación accesoria que puede tener un doble carácter, la indemnización del perjuicio que ocasiona el incumplimiento o simplemente una pena por incumplimiento. La obligación es el objeto de la cláusula, bien puede cumplir ambos cometidos o solamente uno de ellos. Queda plenamente diferenciada la cláusula penal, como fuente obligacional, de su efecto propio, que puede ser: la pena o la indemnización por incumplimiento”.

Por su parte Marienhoff⁹, define la cláusula penal pecuniaria bajo los siguientes argumentos:

“**Cláusula penal.** Para el supuesto incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar “ab-initio” el monto de los daños y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se denomina “cláusula penal. Producido el incumplimiento y constituido en mora el

⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Contratos Mercantiles – Teoría General del Negocio Mercantil. Tomo I”. 12 ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2008. págs. 177 - 189.

⁹MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá D.C: Editorial Abeledo-Perrot, 1983 Tomo III-A, p. 412.

cocontratante, se aplica dicha cláusula penal. En lo fundamental tienen vigencia las normas y principios existentes en el derecho privado, con las salvedades propias requeridas por el derecho administrativo. En tal forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de que dispone, Por esas razones se ha sugerido que en lugar de hablar de “cláusula penal” se hable de “indemnización convencional”.

A su vez, el Consejo de Estado en la Sentencia del 19 de agosto de 2004¹⁰, apoyado en la doctrina, definió y caracterizó la cláusula penal pecuniaria atendiendo las manifestaciones que a renglón seguido se precisan:

“La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil 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”. En palabras de la doctrina:

“... la cláusula penal es una estipulación relativa a la sanción del deudor en caso de inejecución de su obligación contractual, lo que es un primer elemento de la definición de la cláusula penal. ...otro elemento de la cláusula penal, ... es el monto de los daños y perjuicios que establece.

...En otras palabras, la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

... La cláusula penal supone, en primer lugar, que el deudor es

¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).

responsable para con el acreedor. En efecto, en el caso en que la inejecución de la obligación no sea imputable al deudor, el acreedor no podrá invocar a su favor la cláusula penal. En otras palabras, la cláusula penal viene a insertarse en el mecanismo de la responsabilidad del deudor y esta es una condición necesaria para que la cláusula penal produzca el efecto previsto. Sin embargo, al estipular una cláusula penal los contratantes exoneran al acreedor de aportar la prueba del daño que sufrió a causa de la inejecución de la obligación imputable al deudor. De allí se deduce que el juez no tiene que investigar si el acreedor sufrió un daño cuando invoca en su favor la aplicación de la cláusula¹¹”.

No obstante lo anterior, en el concepto del 25 de mayo de 2006, la alta corporación en cita¹², presentó una definición más concreta de la cláusula penal pecuniaria con las siguientes precisiones:

“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 estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales”.

En el concepto anteriormente citado¹³, el Consejo de Estado señaló que a la contratación estatal le sería aplicable el régimen común (léase privado) que regula la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, criterio que se ha admitido unánimemente en la jurisprudencia:

“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 artículo 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 éste acápite...”.

¹¹ LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato Vol. II. Editorial Temis. 1999. pg. 124 y ss.

¹² COLOMBIA. **CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, Mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.**

¹³ Ibíd. p. 27.

Finalmente, resulta pertinente traer a colación al autor Rodrigo Escobar Gil¹⁴ quien indica que la cláusula penal pecuniaria, en el régimen contractual colombiano, es un tipo de sanción pecuniaria, así:

“La cláusula penal consiste al igual que en el derecho privado, en una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra. Tratándose de la cláusula penal, su valor jurídico en el contrato administrativo procede de su estipulación en los documentos contractuales, ya sea en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en la minuta del contrato. A falta de previsión contractual, la cláusula penal no se puede ejercer, por constituir una estimación del monto de la reparación del daño que las partes realizan de mutuo acuerdo, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Aun cuando el contenido de la cláusula penal tiene su origen en el contrato, no puede desconocerse su carácter de cláusula exorbitante en la contratación administrativa, en razón a que la ley habilita a la administración pública para exigirla directa y unilateralmente, en ejercicio del privilegio de la decisión previa y ejecutoria consagrada en el artículo 64 del Decreto 01 de 1984. Por lo tanto, la regulación de esta sanción en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983 era bastante acertada, al precisar que se haría *efectiva 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”.

En síntesis, la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal colombiana, según el criterio expuesto por éste autor, además de ser catalogada como una cláusula exorbitante, reviste la condición de una sanción pecuniaria.

¹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”. 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999. p. 388 y s.s.

1.1.2 Las multas contractuales

Para continuar con el objeto de este estudio, surge la obligación de clarificar la normativa que regula lo relacionado con las multas en la contratación estatal, lo cual obliga a retomar la posición de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (arriba citados), quienes indican que la cláusula penal puede ser *moratoria o retardatoria*, cuando tiene por objeto indemnizar el daño derivado de la mora y, *compensatoria*, la que tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación, conclusión a la que se llega luego del análisis de las normas que regulan la materia, cuando se admite que la pena se estipula para el caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.

El criterio antes expuesto es acogido por el Consejo de Estado, si se entienden para el efecto las argumentaciones expuestas en el Auto del 4 de junio de 1998¹⁵, en el que se indicó:

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

En efecto, de acuerdo con la primera de estas 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 C. Co. 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”.

¹⁵ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del 4 de junio 1998, Expediente Nro. 13.988.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera oportuno citar la Sentencia del 5 de septiembre de 1996, en la cual el Consejo de Estado¹⁶, determinó la finalidad y caracterizó las multas contractuales así:

“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 por retardo 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”.

Posteriormente, en concepto del 25 de mayo de 2006, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁷, definió las multas contractuales en los siguientes términos:

“Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena 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

¹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 5 de Septiembre de 1996, Expediente 10.265.

¹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

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 se esté pactando una "sanción pecuniaria" a manera de potestad exorbitante".

Por su parte Escobar Gil¹⁸, le otorga a las multas el carácter de sanción coercitiva, según se puede concluir con la lectura de sus argumentos:

“A. SANCIONES COERCITIVAS: MULTAS. Las sanciones coercitivas consisten en unas medidas que puede adoptar la Administración en forma unilateral para constreñir, compulsar o apremiar al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones. Fundamento legal de esta modalidad sancionatoria, se encuentra en el artículo 18 inciso 2 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 sanciones coercitivas que precisamente tienen por 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”.

El autor en cita¹⁹, se refiere al tema de la mora como un requisito previo para imponer las multas, tratándolo dentro del marco del privilegio *mora ex rey* ligándolo al criterio de plazo contractual, posición que se expone en lo pertinente así:

“El contrato administrativo se ha considerado como un negocio a plazo fijo, en razón a que la estipulación del término dentro del cual el contratista debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, constituye un elemento de la mayor relevancia, que tiene unas importantes consecuencias jurídicas. La esencialidad del plazo en los contratos administrativos, se refiere a la especial incidencia que tiene este elemento en las relaciones jurídicas de las partes, en la medida en que su incumplimiento por parte del contratista legitima a la administración pública para ejercer sus potestades sancionatorias (multas, caducidad y cláusula penal); sin que pueda entenderse la esencialidad del plazo, en el sentido que el

¹⁸ ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 367 y s.s.

¹⁹Ibid. p. 268 y s.s.

incumplimiento del contratista imposibilite absolutamente la satisfacción del fin del contrato; puesto que la mora es un fenómeno jurídico que presupone la posibilidad del cumplimiento del objeto del contrato”.

El doctrinante en comentario²⁰, retomando a De Cupis indica:

“la existencia de un incumplimiento es la condición básica para que se puedan aplicar las sanciones contractuales. El concepto jurídico de incumplimiento resulta de su comparación con el de cumplimiento, o de su relación con éste por vía negativa. Cuando el deudor adecúa su conducta a las prestaciones que constituyen el objeto de sus obligaciones, satisface el interés jurídico del acreedor, configurándose el cumplimiento que produce como efecto la extinción de la obligación. *A contrario sensu*, cuando la conducta del deudor es contraria al contenido de la prestación, opera el fenómeno del incumplimiento, por falta de ejecución o ejecución inexacta de la prestación.”.

Aunado a lo anterior, el autor que se está citando, considera además que la aplicación de las multas contractuales surge frente a un incumplimiento de las obligaciones del contratista, por lo que siguiendo la clasificación elaborada por Díez Picazo, se presentan tres modalidades:

“La mora, el incumplimiento definitivo de la obligación y el cumplimiento inexacto de las obligaciones. La mora se presenta cuando el deudor no ha realizado su prestación dentro del plazo acordado, pero la prestación objetivamente es idónea y posible para satisfacer el interés del acreedor. El incumplimiento definitivo de la obligación, se configura cuando el deudor no ha realizado la prestación dentro del plazo convenido, y la prestación o se ha tornado sobrevenidamente imposible, o siendo objetivamente posible, no es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Finalmente, el incumplimiento inexacto de la obligación, ocurre cuando el deudor realiza actos materiales de cumplimiento de la prestación, pero éste no se adecúa plenamente a los términos o condiciones de la prestación que se habían estipulado en el contrato o a las exigencias derivadas de la buena fé o a las costumbres del tráfico jurídico²¹”.

²⁰ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 357.

²¹ DIEZ PICAZO, Luis. “*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*”. Vol. I, Madrid: Ed. Tecnos, 1972. p. 662.

Los anteriores conceptos, naturalmente surgen, dentro del marco del principio "*lexcontractus, pacta sunt servanda*", pues según lo ha admitido el Consejo de Estado²² (citando a la Corte Suprema de Justicia), se relacionan con criterios como el de integridad, efectividad y oportunidad, por lo siguiente:

“Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna²³, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

27. En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "*lexcontractus, pacta sunt servanda*", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial”.

En estos términos, se deja planteado en líneas generales las implicaciones que tienen las cláusulas de multas en la contratación estatal colombiana y su evidente relación con los conceptos del derecho privado.

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del Veintinueve (29) de Agosto de 2012, Radicación Número: 05001-23-25-000-1994-01059(21315).

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Civil. Sentencia de 3 de julio de 1963: "**La integridad** está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; **la efectividad**, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y **la oportunidad** alude al tiempo convenido”.

1.2 Regulación, pacto e imposición por vía administrativa y regla de control judicial de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales

Para efectos de cumplir el cometido del presente trabajo, resulta del caso, presentar una síntesis de lo que constituye en el ordenamiento jurídico colombiano, la potestad o facultad administrativa sancionadora del Estado, en la cual se sustentan los temas bajo estudio, es decir la imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, para posteriormente presentar una descripción actualizada de la regulación, pacto e imposición por vía administrativa y la regla de control judicial.

1.2.1 La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como potestades sancionatorias contractuales

El tema de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en la contratación estatal como una manifestación del poder sancionatorio del Estado, ha sido desarrollado a nivel jurisprudencial, principalmente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la doctrina nacional, se encuentra un importante aporte en la obra de Escobar Gil²⁴, quien lo estudia dentro del marco de las prerrogativas de la administración pública (Privilegios y Potestades), catalogándolas como potestades sancionadoras de la administración, pensamiento que se extractará al finalizar este aparte.

La Corte Constitucional ha organizado una sólida línea jurisprudencial sobre el tema de las Potestades Sancionadoras de la Administración Pública, en la cual además de afirmar que se constituye en un medio para materializar los fines y cometidos estatales, en su aplicación, se deben observar con cierta moderación los principios y garantías jurídicas del Derecho Penal, pues están sometidas, entre otros, a los principios de legalidad y al debido proceso.

La Corte Constitucional para consolidar una línea jurisprudencial en relación con la Potestad Sancionadora de la Administración Sobre el particular, en la Sentencia T – 145 del 21 de abril de 1993²⁵, dijo:

“El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la

²⁴ ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 345

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 145 del 21 de abril de 1993. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - **nulla poena sine culpa** -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del **non bis in idem** y de la **analogía in malam partem**, entre otras.

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que establezcan de manera clara (*lex certa*) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado - v.gr. existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario -, los principios constitucionales del debido proceso (CP art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad”.

Dicha posición fue reiterada en la Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001²⁶, en los siguientes términos:

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal-como forma paradigmática de control de la potestad punitiva-se aplican, a todas las formas de actividad

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

sancionadora del Estado²⁷ Sin embargo en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerarse como ya se expresó, sus particularidades (C.P., art. 29)²⁸.

Así mismo, ha señalado la Corte que “la definición de una infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado”²⁹. En ese orden de ideas ha destacado que “Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”³⁰.-subrayado fuera de texto-

Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir *“también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”*³¹. *“Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia”*³².

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 1161 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: T-438 de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; C-244 de 1996, Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz y C-280 de 1996 MAGISTRADO PONENTE Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1161 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

³⁰ Ver la sentencia Corte Constitucional C-597 del 6 de noviembre de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 12.

³¹ Sentencia Corte Constitucional C-417 de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido ver la sentencia C-280 de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

³² Por ello la Corte Constitucional declaró inconstitucional una disposición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Art. 52) pues a su juicio “En efecto, esa norma traslada al Ejecutivo la facultad de señalar las sanciones por la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Es cierto que la norma establece un límite, pues indica que las sanciones sólo pueden ser pecuniarias. Sin embargo, a pesar de ese límite, la facultad conferida al Gobierno es abierta, por lo cual, como bien lo destaca

En ese contexto, la jurisprudencia ha destacado igualmente:

“El principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse. Aspecto éste de gran importancia, pues con él se busca recortar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio que le es propio. Precisión que se predica no sólo de la descripción de la conducta, sino de la sanción misma³³”.

En la Sentencia C – 506 del 3 de julio de 2002³⁴, la misma Corte indicó que la potestad sancionadora en materia administrativa, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, constituyéndose en una manifestación del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, originada especialmente en el incremento de facultades administrativas, según se puede verificar en las siguientes afirmaciones:

“Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa al lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los mismos, el Estado social de Derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc.

Ahora bien, la nueva concepción del Estado según la cláusula “social de Derecho” produjo especialmente un incremento en las

la Procuraduría, esa disposición desconoce el principio de legalidad en este campo. El artículo 52 del EOSF será entonces retirado del ordenamiento”.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-564 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 506 del 3 de julio de 2002. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

facultades administrativas. Si bien el constituyente y el legislador previeron y desarrollaron nuevos mecanismos de acción pública para el logro de los nuevos cometidos estatales, gran parte de esta actividad recayó en la Administración Pública. **El creciente aumento de las actividades ejecutivas significó el correlativo incremento de sus poderes, entre ellos el de sancionar el incumplimiento de los deberes para con ella.**

El derecho administrativo sancionador, como nueva rama del derecho, supone de cierta manera una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, conforme al cual la represión de los ilícitos competía exclusivamente al poder judicial, más concretamente a la justicia penal. Este modelo de separación absoluta de funciones se reveló como insuficiente ante el significativo aumento del catálogo de infracciones, producto a su vez de la complejidad de las relaciones sociales en el Estado moderno y del comentado aumento de sus actividades. Las diferencias entre las infracciones que empezaron a ser sancionadas directamente por la Administración, y aquellas otras que se reservaron a la justicia penal, estribaba en los intereses que se protegían al castigar la conducta. Las sanciones administrativas, usualmente correspondieron al incumplimiento de deberes para con la Administración. A la base de este proceso, se reconocía, como lo afirma la doctrina, que “en un Estado social que requiere de una Administración interventora, la potestad sancionadora en manos de la administración le permite, en muchos casos, un ejercicio más eficaz de sus potestades de gestión”.

Finalmente, en la Sentencia C – 853 del 17 de agosto de 2005³⁵, se destaca la preponderancia del derecho al debido proceso y el principio de legalidad, en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, fijándose como sub reglas jurisprudenciales a tener en cuenta al momento de ejercitarlas, allí se indicó:

“El poder del Estado se traduce en una serie de atribuciones, facultades o competencias que se radican en cada una de las ramas del poder y que se materializan en la existencia de distintas funciones, que constituyen el instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales¹. Una de las manifestaciones del poder del

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 853 del 17 de agosto de 2005. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Estado es precisamente el sancionador, en sus modalidades: punitivo, contravencional o policivo, disciplinario, correccional o correctivo, y tributario.

En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.

Ahora bien, el artículo 29 de la Carta Política dispone que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Por consiguiente el debido proceso debe guiar la actuación de la administración y la sanción administrativa no puede ser ajena a los principios que lo integran, en cuanto las garantías sustanciales y procesales han sido consagradas en la Constitución a favor de la persona investigada y están destinadas a proteger sus derechos fundamentales y a controlar la potestad sancionadora del Estado.

En ese orden, la jurisprudencia ha resaltado la exigencia *“que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser **razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad”ⁱⁱ*.

(...)

Uno de los principios del debido proceso es el de legalidadⁱⁱⁱ que garantiza a las personas que van a ser objeto de sanción conocer

con anticipación las conductas que son reprochables y las sanciones que habrán de imponerse. Dicho principio otorga seguridad jurídica y hace efectivos los derechos de las personas implicadas.

La Corte ha señalado que el principio de legalidad exige *“(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos.”*

En cuanto a la potestad sancionadora del Estado, el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia del 19 de agosto de 2004³⁶, a propósito de los términos en que fue contemplada la cláusula penal pecuniaria por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, se dijo que constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración sólo en los contratos administrativos regidos por las disposiciones del mencionado Decreto; poder sancionador de la Administración contratante en los contratos regidos por el Derecho Público, sobre el cual la doctrina ha sostenido:

“...que al derecho de control que tiene la Administración Pública le corresponde como lógica consecuencia un derecho de sanción: no basta darle a la Administración el medio de comprobar las faltas de su contratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas, y esto se logra mediante las distintas sanciones admitidas por la ciencia jurídica.

Concordantemente, Bercaitz señala que correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato es la potestad de sanción que también posee, consecuencia de su superioridad jurídica frente al cocontratante en esa ejecución. Traduce un verdadero poder disciplinario de parte de la Administración Pública y constituye otra expresión del estado de “subordinación” que crea el contrato administrativo para el cocontratante.

³⁶ COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 19 de agosto de dos mil cuatro (2004), radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

...

La *multa* y la *cláusula penal* son sanciones pecuniarias fijas y *predeterminadas*, consistentes en el pago de una suma de dinero para el caso en que el cocontratante incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones debidas a su cargo.

...

Las *multas* y la *cláusula penal* juegan especialmente en los contratos administrativos para los casos de *mora* en su ejecución por parte del contratante. Se aplican y se hacen efectivas directamente por la Administración.

Tanto la *cláusula penal* como las *multas* que se apliquen deben tener siempre por “fuente” al contrato o los pliegos de condiciones. Si se pretendiera sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad no integrante del contrato, implicaría apartarse del contrato, lo que sería una actividad *evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica*³⁷.

Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento”.

Por su parte la misma Corporación en la Sentencia del 22 de octubre de 2012³⁸, indicó que en la potestad sancionatoria se sustenta la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria, afirmando:

“En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de

³⁷ FARRANDO, Op. Cit., pgs. 567, 577 y 578.

³⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del Veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad - figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-.

Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción”.

Por otro lado, el doctrinante Rodrigo Escobar Gil³⁹, indica que la administración pública cuenta con una serie de prerrogativas, privilegios y potestades que el ordenamiento jurídico le otorga para asegurar la realización de sus fines institucionales, indicando que la facultad de la administración para imponer sanciones, se constituye en una potestad de la administración pública, así:

“Estas son las prerrogativas del poder público, que se traducen en una serie de privilegios inherentes a su personalidad jurídica, tales como la decisión unilateral y ejecutoria, la mora ex re, la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleticontractus* y la inexigibilidad del *facerey en un conjunto de potestades que le atribuye la ley a las entidades públicas para asegurar la realización de sus fines institucionales*, tales como el poder de dirección y control, la *potestasvariandi*, la facultad de interpretación unilateral *y las potestades sancionatorias*.”.

El autor en cita define y justifica las potestades otorgadas a las entidades públicas⁴⁰, en términos generales presentando los argumentos que pasamos a destacar:

“A. CONCEPTO

Las principales prerrogativas que ostenta la Administración Pública en el ámbito contractual, se traducen en un conjunto de poderes que

³⁹ ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 265

⁴⁰Ibid. págs. 295 a 297.

el ordenamiento positivo le atribuye para tutelar el interés público de la comunidad, tales como el poder de dirigir, inspeccionar y vigilar la ejecución del contrato, entre otros. ***Estos poderes o facultades de actuación se denominan técnicamente potestades y constituyen un mecanismo para preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas.***

Si bien es cierto, la Administración Pública como titular del poder *deimperium* del Estado y gestora del interés público de la comunidad, goza de una posición de supremacía en sus relaciones jurídicas con los particulares, que se caracteriza por el poder de imponer coactivamente su voluntad (privilegio de decisión previa y ejecutoria); no es menos cierto que se trata de un poder jurídico que sólo se puede ejercer en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados por la misma.

De ahí surge el concepto jurídico de potestad, que consiste en un poder o facultad de actuación que el derecho positivo le atribuye a la administración Pública y que tiene la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”.

(...)

“Las potestades son la expresión y concreción técnica del principio de legalidad que rige la actuación administrativa, y por consiguiente, constituye un presupuesto de legitimidad de todos los actos administrativos, en razón a que la validez de éstos depende de la existencia de una ley previa que atribuya in abstracto unas facultades a los entes públicos para actuar en un determinado sentido e imponer coactivamente su voluntad sobre la de los particulares.”.

B. CARACTERÍSTICAS

“Las potestades contractuales, como todas las potestades administrativas, por emanar del Derecho Positivo y estar orientadas a la realización de los fines del Estado, tienen un carácter de orden público. De esta suerte, las potestades contractuales tiene la calidad de inalienables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, coincidiendo con las características de la soberanía según JEAN BODIN, lo que constituye una condición necesaria para preservar la regularidad, continuidad y eficiencia de las funciones administrativas”.

Tal y como quedó anotado, Escobar Gil, indica que existe una serie de potestades que le atribuye la ley a las entidades públicas para asegurar la realización de sus fines institucionales, entre las cuales están las potestades sancionatorias de la administración, las cuales las define así⁴¹:

“A la Administración pública el ordenamiento positivo le atribuye unas potestades de naturaleza sancionatoria, que le permiten actuar coercitivamente sobre el contratista para imponerle el cumplimiento de sus obligaciones. Por la existencia de estos poderes, no es necesario que las entidades públicas acudan al juez del contrato para solicitar el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato estatal a cargo del colaborador privado. Ni siquiera es posible, que en caso de incumplimiento del contratista, la Administración Pública decida abstenerse de adoptar las medidas coercitivas consagradas por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual con el propósito de diferir la solución de la controversia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que las potestades sancionatorias son de orden público, como todas las potestades que la ley le atribuye a las autoridades estatales, y por ende, revisten las características de inalienables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles”.

⁴¹Ibid. p. 275.

Las sub reglas jurisprudenciales antes destacadas, la ha pretendido incorporar el legislador mediante la adopción de la ley 1150 de 2007 (Art. 17), la cual indica que en desarrollo 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 sus obligaciones y podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, regulándose además un procedimiento sumario, en el cual se establece el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

Finalmente y en la misma lógica, la ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción), regula el procedimiento que se debe seguir para declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, aspectos que se deben analizar teniendo en cuenta igualmente lo normado en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 3 de la ley 1437 de 2011⁴², que impone la obligación de observar, en materia sancionatoria, los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones.

1.2.2 Regulación, pacto e imposición por vía administrativa. Evolución normativa y jurisprudencial

Tal y como se refiere en la parte introductoria de ésta investigación, frente al tema de las multas contractuales y la cláusula penal pecuniaria, han existido tres (3) escenarios diferentes, el primero de ellos, regulado por el Decreto 222 de 1983 (en su mayoría derogado), cuando el legislador colombiano las calificó como “cláusulas exorbitantes”, su pacto obligatorio y el otorgamiento a la administración de la competencia para imponerlas unilateralmente.

Este escenario tiene como antecedente el pacto contractual de la cláusula penal pecuniaria regulado para el derecho público contractual del Estado Colombiano desde la ley 53 de 1909 (antecedente remoto de la ley 80)⁴³, norma en la cual se previó la cláusula penal pecuniaria para sancionar al contratista incumplido y se determinó que su estipulación se constituía en una obligación de la administración.

⁴²COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18 de enero). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial No. 47.956, 2011. p. 1

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1909 en su artículo 3.

En la misma lógica, el Decreto 150 de 1973 (artículos 60 a 62)⁴⁴, reguló el tema de las multas y la cláusula penal pecuniaria, estableciendo su pacto obligatorio, las primeras para imponerse en el caso de que se presentara mora o incumplimiento parcial y, la segunda, cuando se declarara la caducidad o el incumplimiento del contrato, las cuales debían imponerse y hacerse efectivas directamente por parte de la administración mediante resolución motivada, las cuales serían directamente proporcionales al valor del contrato (para el caso de las multas) y a los perjuicios que sufra la entidad contratante (para el caso de la penal pecuniaria), debiéndose resaltar que en tal regulación, la cláusula de multas y la penal pecuniaria fueron excluidas, únicamente, en los contratos de empréstito.

En éste primer escenario, está el Decreto Ley 222 de 1983, el cual estableció la cláusula de multas y penal pecuniaria como cláusulas obligatorias, las cuales forzosamente debían estipularse en los contratos estatales (entendidas en ese estatuto como cláusulas exorbitantes)⁴⁵, puesto que se indicó que en todo contrato se estipularían además de las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza, las relativas a multas y la penal pecuniaria. Así mismo, se estableció que su imposición se efectuaría directamente (léase unilateralmente) por la administración mediante resolución motivada y según el procedimiento y las prescripciones establecidas en los artículos 64, 71, 72 y 73⁴⁶, debiéndose resaltar que al igual que en la regulación anterior, la cláusula de multas y la penal pecuniaria fue excluida, únicamente, en los contratos de empréstito.

Sin perjuicio de lo anterior el Decreto Ley 222, indicaba que la entidad pública solo podía utilizar los poderes exorbitantes cuando se encontrara frente a uno de los contratos referidos en el artículo 16 (denominados contratos de derecho privado de la administración).

El decreto en comento contemplaba la posibilidad de declarar directamente el incumplimiento del contratista (sin declarar la caducidad), para los efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, pues según la jurisprudencia

⁴⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 150 de 1973. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá: Diario Oficial No. 33.962 de 1973. p. 1.

⁴⁵ Ibid. p. 3. Artículo 60. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos.

⁴⁶ Ibid. p. 3. Artículo 64. De la declaratoria de caducidad; Artículo 71. De la cláusula sobre multas; Artículo 72. De la cláusula penal pecuniaria y; Artículo 73. De la aplicación de las multas y de la cláusula penal.

del Consejo de Estado⁴⁷, para ese estatuto contractual se trataba de una facultad exorbitante autónoma, veamos:

“El Decreto 222 de 1983, contemplaba también en su art. 72 la posibilidad que tenía la Administración de declarar -en los contratos administrativos- directamente el incumplimiento del contratista, es decir sin necesidad de declarar la caducidad, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria que había sido pactada en el contrato. Al respecto, la mencionada norma estipulaba:

(...)

Quiere decir lo anterior, que en vigencia del Decreto 222 de 1983 las entidades estatales sujetas a sus normas tenían la facultad exorbitante de definir por sí y ante sí lo concerniente al cumplimiento del contrato, mediante dos sistemas: A través de la declaratoria de caducidad o declarando simplemente el incumplimiento -definitivo- del contrato, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria, decisión esta última que no conllevaba las drásticas consecuencias de la primera, pero que sí constituía como aquella, una definición unilateral respecto de la ejecución final de las obligaciones a cargo del contratista, determinando si colmaban o no las exigencias contractuales”.

Este pues, resultó ser el primer escenario en el que se reguló la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, en vigencia de la normativa Constitucional de 1886.

La expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80/1993), da paso al segundo escenario de regulación de la cláusula penal y las multas contractuales, en el cual el legislador las excluyó del régimen excepcional, en la medida en que no las incluyó dentro del catálogo de las “cláusulas excepcionales” (cambio drástico e importante); no las consagró para ser pactadas como cláusulas obligatorias (a diferencia de la normativa anterior), guardando silencio sobre su pacto, la competencia y el procedimiento para imponerlas.

Resulta inobjetable que la ley 80 de 1993 (*norma que derogó en su mayoría el Decreto 222 de 1983*)⁴⁸, se sustrajo de regular *expresamente* la materia, lo cual dio paso a dos

⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 19 de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

posiciones jurisprudenciales (que a continuación se resaltan) en las que el Consejo de Estado señaló que su no regulación no negaba la posibilidad de pactarlas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (Art. 32), pero que no se podrían pactar como facultades excepcionales e imponerse unilateralmente (aspecto que no resultó pacífico), precisamente en virtud de la derogatoria del Decreto Ley 222, en donde se encontraban consagradas como cláusulas exorbitantes.

Las posiciones jurisprudenciales antes referidas, inician con las decisiones que admitieron la potestad de las entidades públicas para imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato (por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al Juez), apoyadas en el carácter ejecutivo que tienen los actos administrativos, posición que fue inicialmente planteada en el Auto del 4 de junio de 1998⁴⁹, proferido por el Consejo de Estado, decisión de la que se puede extraer con interés para éste trabajo los siguientes apartes:

“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 por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

⁴⁸ En la actualidad el tema se encuentra regulado por las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Lo anterior en la medida en que el art. 163 del Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, derogó el Decreto 734 de 2012, norma que reglamentaba lo normado en las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en relación con las multas y la cláusula penal.

⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del 4 de junio 1998, Expediente Nro. 13.988.

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”.

Tal posición fue reiterada, en términos generales, en la Sentencia del 20 de junio de 2002⁵⁰, proferida por el Consejo de Estado, en donde se dijo:

“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que “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” (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en la providencia citada también se destacó que debía tenerse en cuenta que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio) y que el mutuo acuerdo de las partes tenía validez en los contratos estatales como fuente de sanciones.

Ello se traduce en que en la contratación estatal mantienen vigencia

⁵⁰ COLOMBIA. **CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 20 de junio 2002. Expediente Nro. 19.488. Número Único 1001 – 03 – 26 – 000 – 2000 – 0004 – 01.**

los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato.

Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente "las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria cuando se las hubiere convenido y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor las sanciones pecuniarias que se hubieren convenido".

Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil).

(...)

Dicho en otras palabras, con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa)".

En la Sentencia del 20 de octubre de 2005⁵¹, proferida por la Corporación en cita, se presentó un giro drástico en la posición jurisprudencial que se viene comentando, en cuanto tiene que ver con la imposición de la cláusula penal y las multas contractuales por vía administrativa, en la medida en que se indicó que para su imposición se debía acudir el Juez del contrato, atendiendo para el efecto las consideraciones que pasamos a resaltar:

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

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

La posición divergente de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, determinó el surgimiento del tercer escenario en el que se ha encontrado regulada la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, precisamente por cuanto no había unanimidad en relación con su imposición administrativa o judicial.

En efecto, la viabilidad del pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales por la vía del principio de la autonomía de la voluntad, pero su imposición

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 20 de octubre de 2005. **Radicación 14579. Número Único.** 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).

por vía jurisdiccional, en la medida en que el Estado carecía de competencia para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente⁵², genera la expedición de la regulación contenida en las leyes 1150 de 2007 (artículo 17)⁵³ y 1474 de 2011 (artículo 86)⁵⁴, en las cuales se le otorga la competencia a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones (las multas) y de declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, siempre y cuando se observe un procedimiento sumario diseñado para tal fin, cláusulas que aun cuando no fueron reguladas en el Estatuto General como cláusulas excepcionales, ni tenían el carácter obligatorio, siempre y cuando se hayan pactado en el contrato, pueden imponerse unilateralmente por parte de la administración, alcanzando la condición de sanción dentro de la actuación contractual, es decir que se consagró un procedimiento para aplicar una sanción, con innegables características de potestad excepcional.

Las normas en comento indiscutiblemente introdujeron un cambio legislativo al tema, en la medida en que establecieron al amparo del poder sancionatorio del Estado, dentro del marco de las actuaciones contractuales y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponden a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, la competencia de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones e igualmente declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada.

La imposición de las multas pactadas (por incumplimientos parciales) y la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato (incumplimientos severos y graves), deben observar el procedimiento que está regulado en el artículo 86 de la ley 1474 ya citada, el cual se encuentra construido sobre la base de la observancia del principio al debido proceso administrativo, en la

⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del Trece (13) de abril de dos mil once (2011). Radicación: 54001-23-31-000-1993-08742-01(17259).

⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007(16 de julio). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691, 2007. p.1

⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 (12 de julio). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. **Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.** Bogotá: Diario Oficial No. 48.128, 2011. p. 1.

medida en que se constituye en una manifestación de la potestad punitiva, sancionatoria o correctiva (sanciones contra el patrimonio del transgresor, según las voces de Garrido Falla⁵⁵) de la administración en la actividad contractual.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el pacto e imposición de las multas y la cláusula penal pecuniaria, aun cuando actualmente se encuentra sustentado en los Principios de Legalidad y Autonomía de la Voluntad, se constituye en un supuesto *sui generis*, así se plasmó en la Sentencia del 13 de noviembre de 2008⁵⁶:

“Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes - no la ley; pero autorizadas por ella - quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *iuspuniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes”.

Atendiendo la reforma legislativa introducida mediante la ley 1150, en la Sentencia del 23 de septiembre de 2009⁵⁷, el Consejo de Estado señaló que la facultad de imponer multas (se añadiría y la cláusula penal pecuniaria), mediante acto administrativo, no ha sido pacífica y ha suscitado diversas tesis originadas en la expedición de los Estatutos de Contratación Administrativa en las distintas épocas, especialmente cuando entró en vigencia la Ley 80 de 1993, pues en esta norma no quedó consignada la competencia de la Administración para imponer unilateralmente multas al contratista incumplido, como sí lo permitía el Decreto Ley 222 de 1983, momento a partir del cual, a nivel jurisprudencial, se suscitaron diversas interpretaciones y planteamientos atinentes a la aplicación de las multas por parte de la entidad pública contratante, mediante la expedición de un acto

⁵⁵ GARRIDO FALLA, Fernando y Otros. “*Tratado De Derecho Administrativo, Volumen II*”. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 195.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. **Radicación 17009, Número Único**. 68001 – 23 – 31 – 000 – 1996 – 02081 – 01 (17009).

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. **Radicación Número Único**. 25000-23-26-000-2001-01219-01 (24639).

administrativo, agrupándolas en vigencia de la ley 80, en tres escenarios distintos así: i) La imposición de las multas según la jurisprudencia de la Sala en vigencia de la Ley 80 de 1993 (Cfr. *Auto de 6 de agosto de 1998, Expediente 14558; Sentencia de 29 de junio de 2000, Expediente 16756; Auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988*); ii) Se presentó un cambio jurisprudencial en el año 2005, con la expedición de la Sentencia 20 de octubre, Expediente 14579 y; iii) finalmente el escenario, según los dictados del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, escenario dentro del cual se profirió la sentencia en cita, la que avala su pacto e imposición unilateral.

En síntesis, las partes contratantes dentro del marco de un contrato administrativo, en observancia del marco normativo antes referido (Principio de legalidad y de la autonomía de la voluntad) y de los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, actualmente pueden pactar cláusulas penales y multas y la administración pública puede imponerlas unilateralmente, sin necesidad de acudir al Juez del contrato.

1.2.3 La regla de control judicial

Actualmente en el sistema jurídico colombiano, tal y como se ha venido resaltando, la administración puede pactar en los contratos estatales cláusulas penales pecuniarias y multas, pudiendo además imponerlas por vía administrativa (unilateralmente) ante el incumplimiento grave o parcial en la ejecución del objeto contratado, en la medida en que se encuentran en juego el interés general y el cumplimiento de los fines estatales, por lo que los incumplimientos (totales o parciales) de las obligaciones por parte del contratista en las relaciones jurídicas contractuales deben ser sancionados directamente por la administración, pues en palabras de Dromi⁵⁸, se impone como necesario un sistema eficiente de control (la fiscalización contractual) que asegure el equilibrio razonable y prudente de las obligaciones.

Ahora bien, tal competencia ha sido entendida como reglada, permeada por los principios de legalidad, el debido proceso (principios del poder sancionatorio⁵⁹), equidad y proporcionalidad (según el Tribunal Supremo Español (Ss. 10 de junio 1981, 7 de abril de 1982, 29 de enero de 1983, etc.), citado por García de Enterría dentro del marco del tema de los principios del derecho sancionatorio administrativo⁶⁰, catalogado como “Principio propio del Estado de Derecho” y en concreto uno de “los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo el ordenamiento sancionador”), situación que permite dentro del ejercicio de la regla de control judicial, al Juez del

⁵⁸ DROMI, Roberto. Licitación Pública. Ciudad Argentina. Buenos Aires: Hispania libros, 2010. p. 645.

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo II”. 8 Ed. Madrid: Editorial Civitas, 2002. p. 180.

contrato, ampliar o reducir la multa o la cláusula penal impuesta por la administración, según corresponda, si la decisión resultó excesiva o por cuanto los perjuicios causados resultaron superiores a la tasación anticipada de los perjuicios efectuada por las partes contratantes.

Esta situación fue admitida por el Consejo de Estado⁶¹ según las siguientes precisiones:

“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta - para imponerla y cobrarla - de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad^{62[32]}-este último como criterio auxiliar de la actividad judicial^{63[33]64[34]}-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal - es decir, un mayor perjuicio -, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena”.

La tendencia expuesta en la última sentencia citada, reevalúa las consideraciones

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, **Radicación 17009. Número Único**. 68001 – 23 – 31 – 000 – 1996 – 02081 – 01 (17009).

⁶² El principio de equidad, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se define y aplica en los siguientes términos: “(...) la equidad-al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto-permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.” (Subrayas originales)-Sentencia C-1547 de 2000-

En esta sentencia la Corte establece la equidad como un criterio auxiliar de la actividad judicial, mediante el cual es posible corregir la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador. Este análisis es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, pues con base en este mismo criterio, el juez puede modificar un acto administrativo que impone una sanción pecuniaria, para efectos de evitar una decisión “injusta”.

⁶³ Así lo ha definido la Constitución Política de 1991, que en su artículo 230 dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

⁶⁴ ENTRENA KLETT, Carlos María. La equidad y el arte de juzgar. 2 ed. Navarra España: Editorial Aranzadi, 1990. p. 23.

expuestas en la Sentencia del 19 de agosto de 2004⁶⁵ (citada en el primer aparte de esta investigación), en la que en relación con la regla de control judicial se había indicado:

“... Por cuanto ella constituye una evaluación global de los daños y perjuicios, la cláusula penal obliga al juez. En efecto, la utilidad de la cláusula penal, sea que constituya un medio de presión sobre el deudor para obligarlo a cumplir, lo que supone una suma superior al daño sufrido por el acreedor, sea que se estipule en interés del deudor, caso en el cual la suma prevista será inferior al daño sufrido por el acreedor, sería nula si el juez puede negarse a aplicarla con el pretexto de que no corresponde exactamente al daño sufrido. La suma prevista se impone en todo su rigor y las partes no podrán impugnarla posteriormente”.

Como puede observarse, la valoración de dos pronunciamientos tan recientes, el Consejo de Estado no ha adoptado una posición unificada respecto de la regla de control judicial para la determinación y aplicación de la cláusula penal.

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C. Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).

2.El tratamiento de las cláusulas penal pecuniaria, multas contractuales y excepcionales en el derecho contractual colombiano

En éste apartado del trabajo se presentan las diferencias existentes entre las instituciones jurídicas que regulan la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales frente a las cláusulas excepcionales, exclusivamente en los aspectos que resultan relevantes para sustentar la hipótesis de trabajo propuesta.

2.1 Las cláusulas excepcionales en el derecho administrativo contractual colombiano. Aspectos generales, aproximación normativa y conceptual

Este capítulo busca presentar en general, el fundamento constitucional de las cláusulas excepcionales y de una manera muy sucinta, el marco normativo que las regula, su interpretación tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en relación con su pacto, resaltando exclusivamente los aspectos en los que se pueden relacionar con la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales.

2.1.1 Las cláusulas excepcionales y la nueva concepción constitucional del Estado. Fundamento constitucional

La autora María Teresa Palacio Jaramillo⁶⁶ ha indicado que el tema de las cláusulas excepcionales es *“uno de los temas más polémicos y poco pacíficos dentro de la contratación estatal, así como de gran impacto e interés, tanto desde el punto de vista teórico y conceptual como de su aplicación práctica, dadas las implicaciones que acarrea para las entidades como para los contratistas”*.

Dentro del anterior marco, desarrolla muy claramente, el enfoque que cumplían por un lado, las cláusulas exorbitantes en un modelo de Estado al que denomina Monopólico (vigente en la Constitución de 1886), cuyas características principales resultaban ser las

⁶⁶ PALACIO JARAMILLO, Op. Cit., p. 101.

regulaciones y reglamentaciones excesivas y la existencia de verdaderos poderes exorbitantes a favor de la administración, por oposición al nuevo enfoque que las cláusulas excepcionales buscan cumplir en el modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991, es decir un modelo de Estado al que denominó competitivo, desregulado y sustentado sobre los principios de libertad de empresa e iniciativa privada.

La autora en cita, denomina el modelo de Estado vigente durante la Constitución de 1886, como un modelo de corte monopólico público, en la medida en que maneja de manera exclusiva y excluyente los servicios públicos, en cuya gestión y manejo no se posibilitó la participación directa, libre y en competencia con los particulares, por lo que la normativa que regía buscaba preservar el monopolio público a través de fuertes exorbitancias, privilegios estatales y estrictos y rigurosos controles, trámites y formalidades.

Por lo anterior, respecto del modelo de Estado monopólico, indicó⁶⁷:

“En primer término es de indicar que las cláusulas exorbitantes, llamadas en la nueva normativa potestades de excepción, dependen en su concepción y orientación del tipo de Estado en el que se apliquen.

En efecto, no es lo mismo su alcance y desarrollo en un Estado de corte monopólico público, como el que se caracterizó bajo la Constitución de 1886, a lo que es y debe ser bajo el Estado competitivo propio de la Constitución de 1991.

La contratación pública no es un conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio del colectivo, sino un estatuto armónico y medular que determina la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública.

Es, pues, la herramienta idónea que permite, de acuerdo con la orientación y cometido estatales específicos, incorporar los diversos agentes económicos al movimiento de la riqueza, siendo por ello la columna vertebral y el principal instrumento para llevar a cabo la gestión pública dentro de una orientación estatal determinada. Así las cosas, luego de una corta evolución constitucional, el país, bajo la Carta de 1886, se dirigió hacia un manejo exclusivo y excluyente de los hoy denominados servicios públicos domiciliarios, en cuya gestión y manejo no se posibilitó la participación directa, libre y en

⁶⁷PALACIO JARAMILLO, Op. Cit., p. 101 y s.s.

competencia con los particulares, llegándose incluso a sostener por algunos que el país se encontraba bajo un régimen monopólico público. En un Estado de este corte es lógico que la normativa que los rija, especialmente en lo que hace a su forma de contratar, busque la preservación del monopolio público a través, por ejemplo, de fuertes exorbitancias, privilegios estatales y estrictos controles previos, perceptivos y posteriores; rigurosos trámites y formalidades; profusa y puntual reglamentación; así como la regulación completa de la contratación pública con mayor autonomía frente a las reglas ordinarias civiles y comerciales.

No debe extrañarnos, pues, la denominación de “cláusulas exorbitantes”, que refleja estrictamente la orientación estatal y el querer del legislador de dotar al Estado de privilegios claros frente a su particular contratista”.

A contrario sensu, la autora denominó el modelo de Estado de 1991, como uno de corte competitivo, caracterizado por la amplia participación privada en el manejo, explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos, bajo el entendido que la competencia es un derecho de todos, frente al cual refirió⁶⁸:

“Por su parte, la Constitución Política de 1991 avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización; desmonopolización, y principalmente la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, especialmente en cuanto a los servicios públicos se refiere. De un Estado monopólico se pasa a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos.

El artículo 333 de la Constitución, al establecer que la competencia es un derecho de todos, establece nuevas reglas de juego en cuanto al modelo y accionar del Estado se refiere, lo que, sin lugar a equívocos, impactaba directamente la contratación estatal como herramienta para el logro de sus fines, máxime si se complementa con lo estipulado en los artículos 365 y 209 superiores.

En efecto, ante la necesidad estatal de competir en condiciones de igualdad con los particulares, fue menester estructurar una ley que imprimiese una nueva dinámica a la contratación estatal, buscando

⁶⁸PALACIO JARAMILLO, Op. Cit., p. 102 y s.s.

la eficiencia en su gestión, pero garantizando la moralidad en la función administrativa, su transparencia, publicidad, economía y la consecuente responsabilidad de sus servidores, sin olvidar con ello el primordial logro del beneficio general.

El artículo 13 de la ley 80 de 1993 es bien representativo de este cambio en el papel del Estado y por tanto en su regulación contractual. Es claro que a un Estado monopólico corresponden normas que lo privilegian, lo exorbitan, lo regulan y reglamentan minuciosamente, estableciéndole formalidades y rígidas competencias, todo ello fundado en una supuesta autonomía del derecho administrativo y la contratación pública, que llevó necesariamente a regulaciones marcadamente administrativas y condujo incluso, a algunos, a sostener en este campo, la existencia de verdaderos contratos de adhesión.

Frente a la necesidad de armonizar la contratación pública con la nueva orientación y mandatos constitucionales, aparece el citado artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el que se indica claramente, que el régimen aplicable a los contratos estatales, unificados en su concepto, es el propio del derecho civil y comercial, vale decir, el mismo que rige la contratación entre particulares con quienes ha de competir, como ya se explicó, sin olvidar con ello que el contratante público busca exclusivamente la satisfacción del interés colectivo y ello conduce, en casos “excepcionales”, a la posibilidad de utilizar ciertas potestades, no contempladas en el derecho común y que son, precisamente el objeto de esta charla.

La autonomía de la voluntad como pilar esencial de los contratos se recupera para la actividad contractual estatal, que se desregula de manera drástica, dando cabida a que los acuerdos entre las partes, legalmente celebrados, sean de obligatorio cumplimiento, salvo aquellos aspectos expresamente regulados por la ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentra precisamente el relativo a las “potestades excepcionales”, llamadas en el anterior estatuto “cláusulas exorbitantes”. Esta modificación de expresiones no es simplemente semántica y formal, sino derivada de la nueva orientación del papel del Estado, dada por la Constitución de 1991”.

El aporte académico de la doctora Palacio Jaramillo, en relación con la sustentación filosófica, política, jurídica y económica de las cláusulas excepcionales, resulta entonces planteado en un escenario dialéctico, constituido por el modelo de Estado del régimen constitucional de 1886 y el nuevo modelo de Estado vigente en el régimen de la Constitución de 1991, por lo que las cláusulas excepcionales se establecen como un régimen de excepción dentro del marco de un modelo de Estado permeado por la libertad

de empresa y la libre competencia económica, con una marcada participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y por ende en la materialización de los fines estatales, en donde la regla general resulta ser la regulación civil y comercial y los contratos se negocian y surgen como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de igualdad, se privilegia entonces el principio de la autonomía de la voluntad frente a un régimen de exorbitancia estatal.

Por su parte, la Corte Constitucional, en relación con la fundamentación constitucional de las cláusulas excepcionales, en la Sentencia C – 400 del 2 de junio de 1999⁶⁹, indicó que son un claro ejemplo de la preeminencia de la posición estatal y se constituye como una herramienta o mecanismo especial del cual se encuentra dotada la administración para buscar la satisfacción del interés general, allí se dijo:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”.

En la Sentencia T – 1341 del 11 de diciembre de 2001⁷⁰, además de presentar el fundamento, alcance y finalidad de las cláusulas excepcionales la Corte señaló:

“El establecimiento de esta clase de potestades excepcionales encuentra apoyo constitucional en las reglas que exigen que la función administrativa debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP, art. 209). Además, la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 400 del 2 de junio de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 1341 del 11 de diciembre de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

constitucionales que disponen que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP, arts. 123 y 6)".

En síntesis, las cláusulas excepcionales (como régimen excepcional) se constituyen en una regulación acorde con el actual modelo de Estado globalizado, competitivo y desregulado, en el cual existe una evidente participación de los particulares en la consecución de los fines del Estado y en la prestación de los servicios públicos, siendo ésta una herramienta que otorga una posición de superioridad y preeminencia a la administración, en aras de materializar el interés público implícito en la contratación estatal, posición de superioridad que no se encuentra en la contratación sometida al régimen privado.

2.1.2 Las cláusulas excepcionales

Aproximación conceptual, características y regulación. El autor Palacios Hincapié⁷¹, citando a George Vedel y a Roberto Dromi, luego de poner de presente las diferencias conceptuales existentes entre estos dos autores, respecto del origen legal o no de las cláusulas excepcionales, las define así:

“¿Qué es una cláusula exorbitante o excepcional? “El mismo GEORGES VEDEL⁷² da un concepto de lo que debe entenderse por cláusula exorbitante: “son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales.” Y en criterio de este mismo autor, tales cláusulas no serían ilícitas en los contratos del derecho común, si bien no son corrientes en ellos. Para Dromi⁷³, son ilícitas cuando se pactan en los contratos de derecho privado.

⁷¹ PALACIOS HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 1998.p. 223.

⁷² GEORGES, Op. Cit., p.191.

⁷³ DROMI, Op. Cit.,p. 315. Este autor al definir las cláusulas excepcionales dice que “Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles a los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos - sigue el autor – son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público”.

Mediante ellas, se confiere a una de las partes facultades de supremacía sobre la otra, que son ajenas a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, razón por las que son extrañas en las convenciones de los particulares, ya que obedecen a prerrogativas que en el ordenamiento jurídico confieren exclusivamente a las entidades públicas. Es la ley que permite a la entidad terminar el contrato unilateralmente, modificarlo o interpretarlo, o imponer sanciones para asegurar el cumplimiento del contrato”.

Por su parte la Corte Constitucional en la Sentencia C – 1436 del 25 de Octubre de 2000⁷⁴, citando la jurisprudencia del Consejo de Estado, las definió y caracterizó como pasa a resaltarse:

“Son actos unilaterales de indiscutible factura y solo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos de dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio. (C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec Tercera, abr. 13/94)”.

La ley 80 de 1993, en su artículo 14, regula los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual dentro del marco del cumplimiento de los fines de la contratación. La norma en comento indica que las entidades tendrán la dirección general y responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato y con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

Así mismo, indica que las entidades estatales pactarán (lo que resulta imperativo) las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, modificación y terminación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra, debiéndose incluir la cláusula de reversión en los

⁷⁴ COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1436 del 25 de Octubre de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

contratos de explotación y concesión de bienes del Estado. Por otro lado, se faculta a las entidades estatales para pactar cláusulas excepcionales en los contratos de suministro y de prestación de servicios, haciéndose la salvedad de que en los contratos en que resulte obligatoria el pacto de las cláusulas excepcionales, se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. Finalmente, existe un grupo de contratos en los cuales se prohíbe expresamente tal pacto.

El Consejo de Estado, en relación con la regulación normativa de las cláusulas excepcionales, ha determinado la existencia de cuatro (4) grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes excepcionales es diferente, indicado⁷⁵:

“Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente.

En el **primer grupo** encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas;- son las denominadas “cláusulas virtuales”-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁷⁶.

Al **segundo grupo** pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 “... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...”

El **tercer grupo** lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C.Sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832).

⁷⁶Ibid. p. 18.

acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro⁷⁷.

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma “inmediata”, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera “mediata”, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un **cuarto grupo**, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas-por

⁷⁷Ibid. p. 19.

su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”.

En cuanto al tema bajo estudio Santofimio Gamboa⁷⁸, desglosa el diseño definido por el legislador en materia de cláusulas excepcionales (artículo 14 de la ley 80 de 1993), así:

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

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1º del artículo 14.2 de la ley 80 de 1993, según el cual: Se pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión....En estos contratos, siempre y necesariamente, existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los

⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indevida. Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 377.

tipos de contrato también expresamente indicados no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

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

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores, y adicionalmente los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993:

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

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

En referencia al tercer grupo de contratos, en los que no se regula de manera obligatoria ni se otorga la facultad de pactar las cláusulas excepcionales, el último autor en cita indica⁷⁹:

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

El profesor Matallana⁸⁰ sobre el particular expresa:

“El asunto a discutir es qué sucede con aquellos contratos que no quedaron incluidos dentro de la enumeración del artículo 14. Una postura considera que tienen la autorización para incluir las cláusulas en mención, por cuanto bajo el principio de la autonomía de la voluntad se pueden pactar estas cláusulas excepcionales si la contraparte no se opone, y es este el criterio que mayoritariamente se ha impuesto, pues el argumento de base es la garantía del interés general sobre el particular y el pactar estas cláusulas le permite a la Administración la protección del interés público. Sin embargo, no se comparte este criterio y, por el contrario, se considera aquí que los contratos que no hayan quedado enunciados en el artículo 14 no pueden ser objeto de la inclusión de las cláusulas excepcionales, por cuanto el artículo 13 de la ley 80 es muy claro en señalar que la legislación aplicable está referida a las normas civiles y comerciales en lo que no regule el Estatuto de Contratación, cuando el particular se encuentra en igualdad de condiciones con la entidad estatal; por lo tanto no hay una autorización legal para que en contratos no enunciados en el artículo 14 se puedan incluir unas cláusulas que colocan a la Administración en una situación de privilegio, al permitirle interpretar, modificar, terminar o declarar la caducidad de un contrato sin el concurso del contratista.”

⁷⁹Ibid. p. 378.

⁸⁰ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. “Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993”. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 816.

Por su parte la autora Palacio Jaramillo⁸¹, en relación con el tema que se estudia y en particular sobre el pacto de las cláusulas excepcionales en los contratos que no se encuentran listados por la ley, ni como de pacto obligatorio, ni facultativo, ni prohibido indicó lo siguiente:

“Este planteamiento, que en principio parece preciso, adolece de un gran vacío que no puede ser llenado sino a partir de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución y el nuevo papel del Estado, así como de la ley y su claro espíritu competitivo, desregulatorio y de autonomía de la voluntad, en la búsqueda de la eficiencia en la gestión contractual. En efecto, la pregunta que surge del planteamiento hecho es evidente: ¿qué ocurre con los contratos que no se encuentran listados en la ley ni como de pacto obligatorio, ni facultativo, ni prohibido? La respuesta a este interrogante es a mi juicio evidente: todos los contratos que no se encuentren expresamente definidos en la ley como aquellos en los que las cláusulas excepcionales son de obligatorio o potestativo pacto, que por cierto son la mayoría, tienen prohibición de incluir dichas facultades en su texto, vale decir, los contratos enlistados en la norma como de pacto obligatorio, son taxativos, los prohibidos son meramente enunciativos.

La interpretación no podía ser otra, pues es evidente que muchos de los contratos que celebra el Estado no se encuentran contenidos en la categorización que de ellos hace el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para efectos de señalar si es viable o no el pacto de cláusulas exorbitantes en su texto. En efecto, acuerdos tan importantes en el mundo actual del comercio como el de *outsourcing*, *jointventure*, cuenta corriente, interventoría, e incluso los de objeto múltiple y los innominados, no se encuentran señalados en la ley para los efectos que aquí se analiza (Art. 14), lo que conduce necesariamente a tener que sacar conclusiones a la luz de la Constitución y del espíritu de la ley 80/93 (Art. 13) y su pilar fundamental, la autonomía de la voluntad y la excepcionalidad de las cláusulas exorbitantes.

Así las cosas, todos los contratos que expresamente no se encuentren enumerados en la ley como de pacto obligatorio o potestativo, tienen, en mi sentir, la prohibición de incluir cláusulas exorbitantes en su texto.

⁸¹ PALACIO JARAMILLO, Op. Cit., p.106.

De otra manera las potestades “excepcionales” se volverían, por vía interpretativa, la regla general en los contratos estatales, contrariándose con ello todo el espíritu y la orientación de la normativa vigente”.

No obstante lo anterior, el tema del pacto de las cláusulas excepcionales no ha sido pacífico, en la medida en que una parte de la doctrina respalda la incorporación de las cláusulas excepcionales por la vía del pacto y otra corriente la rechaza, por cuanto el régimen de excepción requiere de regulación expresa y por tal motivo en los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales no son obligatorias, facultativas y no están prohibidas, no se pueden pactar por las partes.

En síntesis, de todo lo señalado se concluye que las cláusulas excepcionales al derecho común, reguladas en nuestro sistema jurídico tales como la caducidad, los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales, y el sometimiento a las leyes nacionales, la reversión (para los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado), al constituirse en un régimen excepcional le otorgan una posición de superioridad a la administración, (rompiendo el principio de igualdad) y se caracterizan por i) ser una competencia reglada y requerir consagración legal expresa, pues los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas; ii) su interpretación y aplicación son de carácter restrictivo; iii) su regulación está reservada al legislador y no puede surgir del pacto entre las partes, es decir no pueden provenir de la voluntad de los contratantes, máxime si se tiene en cuenta que las normas sobre contratación administrativa son de orden público y; iv) La administración las puede imponer unilateralmente, es decir no requiere acudir al Juez del contrato.

2.2 La Nulidad por objeto ilícito del pacto contractual de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales

Tal y como se ha hecho notar hasta éste momento, se observa que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se pueden pactar en la contratación estatal por la vía del artículo 13 de la ley 80 de 1993, es decir, en observancia de los principios del derecho privado (civil y comercial) y muy particularmente el principio de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad. Sin perjuicio de lo anterior, se afirma que el pacto de una cláusula común (penal pecuniaria y multas contractuales), la cual reviste además el carácter de una sanción, pasible de ser impuesta a manera de potestad excepcional (unilateralmente), según la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido declarado nulo por objeto ilícito, posición jurisprudencial que a continuación se presenta.

2.2.1 La cláusula penal pecuniaria, las multas contractuales y su relación con el poder administrativo sancionador del Estado

Se ha resaltado que el Consejo de Estado, en sus pronunciamientos más recientes (arriba resaltados), apoyado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la expedición de la ley 1150 de 2007 (Art. 17) y 1474 de 2011 (Art. 86), ha admitido la competencia de las autoridades administrativas para imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, entendiendo que se constituyen en una manifestación del poder administrativo sancionador del Estado.

El nuevo esquema normativo, tal y como ya se refirió, permite el pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales en observancia del artículo 13 de la ley 80 de 1993, sometiénolas a la regulación civil y comercial, pero una vez pactadas, tal acuerdo permite su imposición directa y unilateral por parte de la administración a manera de sanción administrativa y como si se tratase de una potestad excepcional.

El autor Escobar Gil⁸² las cataloga como “cláusulas exorbitantes”, en la medida en que la ley habilita a la administración pública para exigir las directas y unilaterales, en ejercicio del privilegio de la decisión previa y ejecutoria (aposición asumida antes de la última reforma), sin que el ordenamiento jurídico colombiano exista una norma que catalogue expresamente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como tal y que la posibilidad de imponerlas esté sujeta a su inclusión en el acuerdo negocial (pacto subjetivo), así:

“Aun cuando el contenido de la cláusula penal tiene su origen en el contrato, no puede desconocerse su carácter de cláusula exorbitante en la contratación administrativa, en razón a que la ley habilita a la administración pública para exigirla directa y unilateralmente, en ejercicio del privilegio de la decisión previa y ejecutoria consagrada en el artículo 64 del Decreto 01 de 1984. Por lo tanto, la regulación de esta sanción en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983 era bastante acertada, al precisar que se haría *efectiva 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”.

⁸² ESCOBAR GIL, Op.cit., p. 389.

A renglón seguido, el autor en cita, indica que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se diferencian por su finalidad, otorgándole a la primera el calificativo de sanción y sustrayendo a la segunda del tal calificativo, bajo los argumentos que paso a referir⁸³:

“En la teoría general del contrato administrativo el tema de la cláusula penal se estudia dentro de las potestades sancionadoras de la Administración, pero única y exclusivamente por razones metodológicas, para facilitar el estudio de las medidas que pueden adoptar unilateralmente las entidades públicas en el ámbito de la contratación. No obstante, la cláusula penal propiamente dicha no tiene la finalidad sancionatoria, en el sentido de que sea una reacción del ordenamiento jurídico por la comisión de una conducta reprochable, sino que más bien, tiene una función reparadora al ofrecerle al contratante lesionado una garantía de su patrimonio por los daños que pueda sufrir por el incumplimiento de las obligaciones imputables a la otra parte.

En los contratos estatales la cláusula penal pecuniaria no tiene un régimen jurídico especial y se disciplina por la regulación general consagrada en el derecho civil y comercial, conforme a la remisión normativa del artículo 13 de la ley 80 de 1993. Los artículos 1594 y 1600 del código civil le otorgan una naturaleza esencialmente reparatoria o indemnizatoria a la cláusula penal, cuando consagran que el acreedor no puede *pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio (...)* y que *no podrá pedir a su vez pena y la indemnización, a menos de haberse estipulado así expresamente*. De esta manera, en nuestro derecho positivo la cláusula penal tiene una función reparadora, consistente en otorgarle una garantía patrimonial al contratante que ha resultado lesionado en su derecho de crédito como consecuencia del incumplimiento del otro contratante. No obstante, las partes al momento de celebrar el contrato, pueden válidamente darle un carácter exclusivamente compulsivo o de apremio a la cláusula penal, evento en el cual, el contratante lesionado tiene derecho a exigir el monto de la pena y de la indemnización de perjuicios como lo señalan los artículos 1594 y 1600 del código civil.

En la contratación administrativa la cláusula penal tiene una función exclusivamente indemnizatoria o reparatoria, por la simple

⁸³ Ibid. p. 389.

consideración, que la finalidad compulsiva o de apremio para que el contratista cumpla sus obligaciones dentro del plazo estipulado, se logra a través de las multas que acuerdan las partes al celebrar el contrato”.

No obstante que Escobar Gil otorga a la cláusula penal pecuniaria y a las multas contractuales la condición de excepcionales, indica que la facultad para imponerlas unilateralmente se deduce de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, la cual surgía como una *competencia implícita (paradójicamente)*, atendiendo para el efecto los siguientes argumentos⁸⁴:

“Así por ejemplo, la ley 80 de 1993, omitió atribuirle expresamente a la Administración Pública la facultad de imponerle unilateralmente multas al contratista; sin embargo, de una interpretación e integración armónica de la ley colombiana de contratación pública y de las normas que integran el régimen administrativo, se deduce la existencia de la potestad sancionatoria, en especial del artículo 14.1. de dicha ley que le atribuye a las entidades públicas la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato; del artículo 18, inciso 2 del mismo cuerpo normativo que se refiere a las medidas coercitivas; de los artículos 22.1 y 59 ibidem que genéricamente se refieren a esta misma facultad, y en fin, del privilegio de la decisión previa y ejecutoria inherente al poder del imperium del Estado consagrado en el artículo 64 del Decreto 01 de 1984”.

El autor que se viene citando⁸⁵, sostiene una tesis divergente en relación con lo expuesto por Pino Ricci⁸⁶, en la medida en que indica que la omisión del legislador de regular en forma expresa y precisa la potestad sancionadora de la administración en materia contractual, y concretamente, la que se traduce en la prerrogativa de imponer sanciones coercitivas y pecuniarias, no permite negar su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta, que la atribución de potestades por la ley puede ser expresa o implícita, como lo reconocen los constitucionalistas y administrativistas.

El doctor Escobar Gil las reafirmaba como una técnica de atribución implícita de potestades en el derecho administrativo que permite aplicar armónicamente un sistema jurídico e indica que la existencia en el derechocontractual (colombiano) de un poder

⁸⁴ Ibid. p. 300.

⁸⁵ Ibid. p. 348.

⁸⁶ PINO RICCI, Jorge. El régimen de la Exorbitancia, las cláusulas obligatorias, Multas y Penal Pecuniaria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Régimen de Contratación Estatal, 1996. p. 223.

sancionatorio, se derivaba **implícitamente** de un análisis sistemático e integral de la ley 80 de 1993, y especialmente de los artículos 4.2, 14.1, 18.2, 22.1, 31 y 59, argumentación que desarrolló con los siguientes argumentos:

“En sentido opuesto a la tesis anterior, se conceptúa que la omisión del legislador de regular en forma expresa y precisa la potestad sancionadora de la administración en materia contractual, y concretamente, la que se traduce en la prerrogativa de imponer sanciones coercitivas y pecuniarias, no autoriza a negar su existencia en el ordenamiento jurídico Colombiano, teniendo en cuenta, que la atribución de potestades por la ley puede ser expresa o implícita como lo reconocen los constitucionalistas y administrativistas. Tal como se señaló anteriormente, las facultades de actuación de la Administración no se deriva única y exclusivamente de una atribución legal expresa y específica, sino que también se deducen implícitamente de la interpretación e integración armónica de las normas jurídicas que regula una determinada materia; o emanan del contenido esencial de otros poderes expresamente reconocidos por la ley; o incluso se derivan de la posición de los entes públicos en una determinada relación jurídica. De ahí que la técnica de la atribución implícita de las potestades en el Derecho Administrativo, es un mecanismo flexibilizador del dogma de la existencia rigurosa de una atribución legal expresa, que permite aplicar armónicamente un sistema jurídico.⁸⁷

La existencia en nuestro Derecho Contractual Administrativo de un poder sancionatorio, se deriva implícitamente de un análisis sistemático e integral de la ley 80 de 1993, y especialmente, de los artículos 4.2, 14.1, 18.2, 22.1, 31 y 59. Si bien es cierto, que el artículo 14.1 *ibídem*, le otorga expresamente a la Administración el poder de dirección general y control de la ejecución del contrato, no es menos cierto, que también le atribuye implícitamente el poder sancionatorio, en razón a que la sanción y su fuerza intimidatoria es el único mecanismo idóneo para lograr que el contratista se allane a cumplir las órdenes e instrucciones que le imparta la entidad contratante. En este sentido, la doctrina científica unánimemente ha conceptuado que el poder sancionatorio constituye el complemento

⁸⁷NIETO GARCÍA, Alejandro. Evolución del Concepto de Expropiación. Madrid: En: Revista de Administración Pública, Número 38, 1962. p. 18.

de la potestad administrativa de dirección y control de la ejecución del contrato⁸⁸.

Por lo anterior se explica que en las normas antes citadas de la ley 80 de 1993, se presupone la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, como ocurre en el artículo 18, inciso 2, en donde se señala, que *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*. Sí, además de la facultad de la Administración de declarar la caducidad del contrato, puede adoptar otras medidas de intervención para asegurar su cumplimiento, es porque el legislador le ha reconocido implícitamente un poder sancionatorio diferente al resolutorio, que constituye el medio idóneo del que disponen las entidades públicas para apremiar a su colaborador privado a la ejecución del objeto del contratado. Así mismo, los artículos 22.1, 31 y 59 de la ley 80 de 1993, inequívocamente se refieren al poder jurídico de las entidades públicas de imponer sanciones (resolutorias, coercitivas y pecuniarias), mediante actos administrativos con fuerza ejecutoria y ejecutiva, de lo que se infiere la existencia de esta potestad.”.

La atribución implícita por parte del legislador de la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de contratos, permite desvirtuar el presunto *silente lege* (silencio legal) que se invoca para negar la existencia de la facultad de los entes estatales para imponer sanciones y multas y que no se configura ningún vacío en la regulación del instituto. En nuestro Derecho Positivo, es incuestionable la existencia de un poder sancionatorio de las entidades públicas para asegurar el cumplimiento estricto de las obligaciones del contratista, derivado del *iuspuniendi* superior del Estado, y que le otorga a la Administración Pública el carácter de una *potentior personae*.

Reconocida la existencia de las potestades sancionadoras de la Administración Pública debe pactarlas en el contrato para facilitar su ejercicio. En relación con las sanciones resolutorias (*caducidad y terminación unilateral*), por su naturaleza no requieren que se estipulen por las partes en la minuta del contrato, en razón a que la

⁸⁸ DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo. T. II”. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 516.

ley regula abstractamente todos los elementos necesarios para su aplicación. No ocurre lo mismo con las sanciones coercitivas (multas) y pecuniarias (cláusula penal pecuniaria), en virtud a que la ley le ha atribuido a la Administración la facultad discrecional de establecer el valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria que debe aplicar en cada contrato, atendiendo el grado y la modalidad de los incumplimientos del contratista, como también ocurría en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, en donde expresamente se consagraba la obligación de las entidades públicas de estipular las facultades de la Administración para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en caso de mora, o de incumplimiento parcial, o de incumplimiento definitivo de las obligaciones del colaborador privado. Concordante con lo anterior, el artículo 30.2 de la Ley 80, señala que las entidades públicas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, que constituyen la ley del contrato, deberán detallar *especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes...*, lo que permite válidamente estipular de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que son elementos inherentes a los efectos jurídicos del contrato”.

Sin ninguna duda, lo referido en este aparte, permite ampliar el panorama de las diferentes posiciones que han surgido en relación con la determinación o no de la condición excepcional de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales.

2.2.2 La nulidad del pacto de las cláusulas comunes como cláusulas excepcionales en la contratación regulada por el derecho privado

El Consejo de Estado ha establecido una clara línea jurisprudencial en la cual ha determinado la existencia de nulidad absoluta, por objeto ilícito, de aquellos pactos consignados en los contratos regidos por el derecho privado, en los cuales se establece una potestad exorbitante a favor de la administración, pues ha concluido que estos desconocen los principio de igualdad absoluta y de autonomía de la voluntad, como principios transversales a la contratación regulada por el derecho privado.

Ante la importancia y pertinencia de la tesis jurisprudencial antes referida, cuyas líneas generales resultan aplicables al tema bajo estudio y a la sustentación de la hipótesis planteada en el presente trabajo, procederemos a exponerla en detalle. Veámoslo:

El Consejo de Estado en la Sentencia del 21 de octubre de 1994⁸⁹, al definir un conflicto surgido con ocasión de la imposición de una multa contractual dentro del marco de un contrato suscrito en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, aborda tres aspectos importantes para el estudio del tema de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, el primero de ellos relacionado con la posibilidad de que las partes del contrato pacten las cláusulas de multas; el segundo, relacionado con la imposibilidad de que se impongan unilateralmente (falta de competencia) y; finalmente, la necesidad de acudir al Juez del contrato para que defina la existencia del incumplimiento y su imposición.

La sentencia inicia planteando como conveniente la necesidad de precisar si dentro de un contrato regido por el derecho privado, es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas las puede aplicar por sí, y ante sí, es decir directamente o si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Para resolver el interrogante acude al principio general de la contratación, según el cual conforme al Artículo 1602 del C. Civil⁹⁰, resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas. Afirma el Consejo de Estado, en la sentencia en cita, que también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de igualdad absoluta de las partes, se indica que en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez de dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, se indica, que en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso de incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario,

⁸⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 9288.

⁹⁰ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL (Ley 57 de 1887). Bogotá: Diario Oficial No. 7.109, 1887. p. 35. Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducir las, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso. Lo anterior implica que sea el Juez del contrato quien durante la actividad jurisdiccional correspondiente determine la viabilidad de las multas, la modalidad, intensidad y cuantificación de las mismas.

Bajo la anterior óptica, se concluye en la sentencia que en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular sí es posible el pacto de multas, precisando que estas deben estar controladas y corregidas por el Juez del contrato y declarando además, que existe incompetencia de la administración para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponerlas.

Indica que en materia de facultades excepcionales de la administración, dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en ésta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no pueden tener origen en las estipulaciones negociales. Dicho de otra manera, en los contratos de derecho privado de la administración, esta no puede imponer las multas debatidas, ni siquiera so pretexto de que se hayan pactado, pues la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía de la voluntad. En síntesis, se declara la nulidad de los actos administrativos que impusieron las multas por falta de competencia para los contratos privados de la administración.

Siguiendo con el análisis del tema, se cita la Sentencia del 19 de agosto de 2004⁹¹, en la cual el Consejo de Estado estudia el tema de las facultades excepcionales de las entidades estatales dentro del marco de una demanda en la que el actor formuló en contra del acto acusado el cargo de falta de competencia al considerar que el representante legal de la entidad demandada al declarar el incumplimiento parcial del contratista y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ejerció una facultad exorbitante de la que legalmente carecía por tratarse de un contrato de derecho privado.

Definiendo el asunto, en primer término, el Consejo de Estado resalta que no se pueden perder de vista los intereses que se encuentran en juego en la contratación estatal, los cuales son distintos a los que motivan los negocios entre particulares, toda vez que a la administración la mueve siempre el interés general, que es la justificación de su propia existencia, no pudiendo celebrar contratos ni públicos ni privados donde la finalidad de la utilidad pública se encuentre ausente, pues estaría fuera de su razón jurídica de ser, mientras que para el particular el móvil siempre lo constituirá el ánimo de lucro y las

⁹¹COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

ventajas personales, individuales, en su propio provecho, que pueda derivar de esa actividad lícita.

Sin perjuicio de lo anterior, reafirma la posibilidad de que las partes contratantes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad puedan pactar sanciones ante el incumplimiento contractual, como es el caso de la cláusula penal, pero lo que no pueden las partes es pactar por sí y ante sí la declaratoria de dicho incumplimiento respecto de la otra, definición que está asignada al Juez del contrato.

Sobre el particular se indicó⁹²:

“Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento.

(...)

Se reitera entonces, que las anteriores facultades estaban contempladas por la ley para los contratos administrativos celebrados por las entidades estatales sujetas al régimen del Decreto Ley 222 de 1983, pero no para las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo régimen de contratación es el del derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, los cuales si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada”.

⁹²Ibid.

Posteriormente, en la Sentencia del 16 de febrero de 2006⁹³, en relación con el régimen que regulaba los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden municipal o departamental, en vigencia de la Ley 19 de 1982 y el Decreto Ley 222 de 1983, indicó que éstos se someterían por norma general a los principios y reglas del derecho privado y; en cuanto a sus requisitos y cláusulas, particularmente a los usuales para los contratos entre particulares.

Afirmó el Consejo de Estado que dado que el negocio jurídico sobre el cual versaría la litis fue celebrado por una empresa industrial y comercial del Departamento de Caldas y éste no correspondía a ninguno de los enunciados expresamente en el Código de Régimen Departamental - obras públicas, consultoría y prestación de servicios -, resultaba claro que estaba sometido a los principios y reglas del derecho privado, los cuales, en principio, no contemplan como una cláusula “**usual**”, la terminación unilateral del contrato por una de las partes, luego de calificar por sí y ante sí, el incumplimiento de su cocontratante.

Se indica en la sentencia en comento, que la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato (sometido al régimen privado), equivale a un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales y reitera la posición adoptada en la Sentencia del 16 de febrero de 2006⁹⁴, según la cual:

“Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento⁹⁵”.

⁹³ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Expediente No. 13414 (R-7186).

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Sentencia del 19 de agosto de 2004 citada.

Tal posibilidad, la calificó la corporación, de inusual en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como deja claro en la decisión, se hallaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado y en el cual no se contempla la posibilidad de que una de las partes sea Juez del contrato, argumento que quedó consignado así⁹⁶:

“...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado en observancia de lo normado en los artículos 16, 1519, 1741 y 1742 (subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936) del Código Civil y 899 y 902 del Código de Comercio, concluye la existencia de una nulidad absoluta, por objeto ilícito, la cual puede (y debe) ser declarada de oficio, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, la cual puede recaer sobre la totalidad del contrato o en alguna o algunas de sus cláusulas, si sólo ellas están viciadas, según las siguientes consideraciones⁹⁷:

“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, **que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.**

(...)

⁹⁶ Ibíd. p. 18.

⁹⁷ COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Expediente No. 13414 (R-7186).

Y al respecto, observa la Sala que de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato celebrado por las partes y que ya fue objeto de análisis en otro capítulo, surge de manera evidente el hecho de que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, empresa industrial y comercial de este Departamento, no tenía competencia para incluir en el negocio jurídico de venta y distribución de licores que suscribió con la sociedad D'Costa S.A. en 1987, la cláusula de caducidad del contrato, tal y como lo hizo; **dado que las normas sobre competencia son de orden público y la entidad demandada las quebrantó con dicha cláusula, esta estipulación contiene un objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y autoriza por lo tanto al juez del contrato, toda vez que se hallan presentes en el proceso las partes del mismo, para declararla oficiosamente, como en efecto lo hará la Sala, sin olvidar que la consecuencia lógica de la anterior decisión, es la invalidación así mismo, del acto administrativo mediante el cual se ejerció la facultad ilegalmente consignada en la referida cláusula contractual y se declaró la caducidad del contrato⁹⁸**”.

El Consejo de Estado, en la Sentencia del 7 de abril de 2011⁹⁹ reiteró en líneas generales la posición adoptada en los tres precedente ya citados, puesto que reafirma la nulidad por objeto ilícito del pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales en los contratos o acuerdos sometidos al régimen privado, decisión de la cual se resaltan los siguientes argumentos:

“En otra perspectiva, es claro que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían incorporar al contrato normas del Decreto 222 de 1983, relacionadas con la tipología o clasificación de los contratos y cláusulas reguladas por dicho estatuto como las multas o la cláusula penal pecuniaria, las cuales también tienen

⁹⁸ En sentido similar, decidió la Sala en Sentencia del 16 de diciembre de 1994, en la cual se resolvió demanda en la que fue impugnado el acto administrativo mediante el cual se impuso una multa; el Consejo de Estado confirmó la sentencia que declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula contractual de multas, por falta de competencia de la entidad para incluirla en ese contrato, y como consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo impugnado. (Expediente 7879, Actor: Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

⁹⁹ COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Magistrado ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 7 de abril de dos mil once (2011). Radicación: 25000-23-26-000-1992-07866-01(17765).

consagración expresa en el Código Civil y en el Código de Comercio, por no resultar ajenas a los contratos de esta naturaleza. **Sin embargo, una cosa es pactar cláusulas de esta envergadura y cosa distinta es que la convención atribuya a una de las partes potestades extraordinarias contraviniendo el orden superior a cuyo tenor todas las personas son iguales ante la ley y ninguna está autorizada para abusar de su posición y de desconocer el derecho ajeno. (Arts. 13 y 95 de la C.P.)**

(...)

El privilegio de autotutela administrativa contenido en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, implica que la administración, por virtud de una convención se arrogó competencias funcionales que no le fueron otorgadas por la ley. Lo que se traduce en una vulneración del principio de legalidad que constituye uno de los principios del estado de derecho.

En el sub-exámene, las partes en la cláusula octava del contrato, convinieron la suma de \$24.673.165.00, como sanción penal pecuniaria y dejaron a salvo la facultad de la administración para imponerla unilateralmente, en caso de declararse la caducidad del contrato o del incumplimiento total de las obligaciones del contratista, facultad inadmisibles, pues devino directamente de la convención y no de la ley.

Cabe precisar que la aludida autorización contractual, además de carecer de respaldo positivo normativo, resulta inusual en los contratos de derecho privado regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, a los que se sujetan las relaciones contractuales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Establecido entonces que el Banco Central Hipotecario no tenía competencia para pactar en un contrato de derecho privado poderes extraordinarios y que habiéndolos pactado no podía ejecutarlos como ocurrió, tanto la Cláusula Octava, en cuanto otorgó dichos poderes a la institución financiera y la Resolución No. 749 de 23 de octubre de 1990, son nulas y así se declarara. En suma, por ser de orden público las normas que otorgan competencia al juez para anular total o parcialmente un contrato.”

(...)

En el caso concreto las partes, en virtud de convención facultaron al Banco Central Hipotecario para el ejercicio de poderes exorbitantes y, en lo que toca con el tema relativo a esta controversia, para imponer unilateralmente la sanción penal pecuniaria en caso de declaratoria del incumplimiento total de las obligaciones del contratista. El alcance de este acuerdo comportó el quebrantamiento del ordenamiento jurídico y desconoció el hecho que las normas sobre competencia son de orden público y de resorte legal, lo cual configura objeto ilícito, que la vicia de nulidad absoluta y que deberá ser declarada oficiosamente por el juez, como en efecto lo hará la Sala, sin olvidar que la consecuencia lógica de la anterior decisión, es la nulidad del acto administrativo mediante el cual se ejerció la facultad exorbitante que declaró el incumplimiento contractual y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.”.

Finalmente, se debe resaltar la Sentencia del 28 de septiembre de 2011¹⁰⁰, en la que se continúa sosteniendo las tesis que se viene destacando y en la cual se reafirma la nulidad por objeto ilícito del pacto de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales, decisión que obliga a destacar los siguientes argumentos:

“De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, la controversia que se suscita con ocasión del Contrato de Comercialización n°. 01 de 1993 se dirime por las reglas del derecho privado y, por tal motivo, las partes del contrato se encontraban en igualdad o paridad de condiciones, sin que pudieran pactarse las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, esto es, la caducidad del contrato, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria en forma unilateral, la renuncia a reclamación diplomática y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, según el Decreto 222 de 1983, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis, dado que resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado y le otorgan a la

¹⁰⁰ COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Magistrada ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 28 de septiembre de 2011. Radicación número: 25000232600019940049401(15476).

Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.

Sin embargo, repara la Sala que en el citado contrato de comercialización se incluyeron facultades contempladas por el régimen legal para los contratos administrativos sometidos a las normas de derecho público del Decreto Ley 222 de 1983 y, excepcionalmente, para contratos de derecho privado siempre y cuando fueran celebrados por las entidades sometidas a dicho estatuto, como son las cláusulas de caducidad del contrato y la de imposición directa y unilateralmente por una de las partes (entidad estatal contratante) de multas y de la cláusula penal.

Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales¹⁰¹. Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado para la fecha del contrato origen de esta controversia y cuyas normas, en principio, *“...si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada^{102”}.*

Dicho de otro modo, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la Administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la

¹⁰¹Ibid. p. 21.

¹⁰²Ibid. p. 21.

cláusula de multas o la cláusula penal¹⁰³, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, **no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991.**

(...)

De manera que, siguiendo la tesis de la jurisprudencia transcrita¹⁰⁴, es válido afirmar que de acuerdo el régimen privado que rige la actividad de las empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la prestación del servicio de televisión a nivel regional, cláusulas exorbitantes contenidas en contratos como el que ocupa la atención de la Sala-comercialización de pauta publicitaria-están viciadas de ilegalidad, por violación de normas imperativas y de orden público¹⁰⁵ y falta de disposición o de competencia, pues se trata de una materia que “...es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables...”^{106107”}

Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6^o¹⁰⁸, 121¹⁰⁹ y 122¹¹⁰

¹⁰³ Ibid. p. 22

¹⁰⁴ Ibid. p. 25

¹⁰⁵ Ibid. p. 27

¹⁰⁶ Ibid. p. 28

¹⁰⁷ Ibid. p. 29

¹⁰⁸ Ibid. p. 29

¹⁰⁹ Ibid. p. 30

¹¹⁰ Ibid. p. 31

superiores, preceptos de orden público e imperativos y en tal virtud, de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.

Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas décima segunda-multas-, décima tercera-penal pecuniaria-y décima cuarta-caducidad administrativa-del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas, en tratándose de las multas y la cláusula penal pecuniaria, en el aparte relacionado con la facultad de imposición unilateral por la administración y en cuanto a la facultad de declaratoria de caducidad, se declarará totalmente nula..

(...)

Así las cosas, el juez administrativo puede y debe declarar oficiosamente la sanción legal de la nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus estipulaciones, aunque no exista petición de parte, en cualquiera de las instancias, cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y en él intervengan las partes o sus causahabientes, tal y como procederá a hacerlo la Sala en el presente caso en forma parcial del Contrato n°. 01 de 1993 en relación con las cláusulas décima segunda-multas-en las expresiones “*que a juicio de EL CONTRATANTE no sea causal suficiente para declarar la caducidad, EL CONTRATANTE*” y “*La imposición de la multa se hará mediante resolución motivada que se someterá a lo dispuesto por el Decreto 222/83*”; décima tercera-penal pecuniaria-en las expresiones “*de declaratoria de caducidad o*” y , “*podrá tomar el saldo que se adeude a favor del EL*

CONTRATISTA”, que comportan su ejercicio en forma directa y unilateral y no por parte del juez como debe ser en este tipo de contratos; y toda la décima cuarta-caducidad administrativa-, en los términos indicados atrás.

La línea jurisprudencial antes resaltada, se constituye en un importante respaldo de la hipótesis planteada, en la medida en que ha admitido que los contratos y el pacto de la cláusula penal y de multas contractuales, sometidos al régimen del derecho privado (civil y comercial) al encontrarse sustentados por los principios de igualdad absoluta y la autonomía de la voluntad de las partes no permite imponerlas unilateralmente por parte de la administración, pues se constituye en un pacto afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito, por cuanto realmente se está pactando una facultad excepcional, totalmente ajena a los principio de la contratación privada.

Por otro lado, se concluye que la falta de competencia de la administración para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponer la cláusula penal y las multas contractuales, máxime cuando la competencia de las autoridades administrativas según las palabras de las Altas Cortes se constituye en un elemento sustancial (Corte Constitucional¹¹¹) y en un ingrediente vital del Estado de Derecho (Consejo de Estado¹¹²), aspecto regulado por normas imperativas de orden público, no alterables por la voluntad de las partes, el cual se constituye en el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, por lo que la jurisprudencia y la doctrina han admitido que la falta de competencia al momento de expedir un acto administrativo, se constituye en un requisito insaneable, también pasible de ser declarado oficiosamente por el Juzgador.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C - 545 del 15 de noviembre de 1993, Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía y C - 061 del 1º de febrero de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹²COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006) Expediente No. 13414 (R-7186). “Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo”.

3. Los vacíos jurídicos de la concepción actual de las cláusulas penal pecuniaria y de multas

Tal y como se ha afirmado desde un comienzo, la investigación que se adelantó resuelve la pregunta jurídica planteada, afirmando que la cláusula penal y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común (no son cláusulas excepcionales), su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración pública, a manera de sanción y potestad excepcional, sí y sólo si, las partes del contrato las hayan pactado, resulta contraria a su naturaleza, esencia y finalidad y por ende su imposición unilateral desconoce el principio de legalidad y se encuentra afectada de nulidad absoluta por objeto ilícito.

3.1 Violación del principio de legalidad al catalogarse la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como sanciones administrativas

El constituyente de 1991 desde el mismo preámbulo *constitucional* con su indudable carácter vinculante¹¹³, indicó que se promulgaba la Constitución con fines precisos, entre los cuales está el de asegurar a sus integrantes entre otros el trabajo, la igualdad y la justicia dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantizara la vigencia de un orden político, económico y social justo.

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 479 del 13 de agosto de 1992. Magistrados ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. “El cual se constituye en parte integrante de la Constitución, y por ende tiene un efecto jurídico y carácter vinculante, pues éste incorpora, mucho más allá de un mandato específico, los fines hacia los cuáles tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos, dando por el contrario sentido a los preceptos constitucionales y señala además al Estado las metas hacia las cuáles debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.”.

Constitucionalmente se indica que los servidores públicos ejercen las funciones que le atribuyen la Constitución, la ley y el reglamento (Artículos 121, 122 y 123) y dentro del marco de la función pública los servidores públicos están al servicio de Estado y de la comunidad. Se determina también el principio general de responsabilidad jurídica (Art. 6), indicando que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 209 constitucional y el artículo 23 de la ley 80 de 1993, han positivizado el principio según el cual la función administrativa debe estar al servicio de *los intereses generales* y debe desarrollarse con fundamento a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y responsabilidad. Igualmente se ha impuesto la obligación a las autoridades públicas de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fé (Art. 83 superior) y al principio de confianza legítima.

Lo primero que hay que relieves es la importancia que tiene dentro del marco de nuestro Estado Social de Derecho el principio de legalidad en la medida en que se constituye en uno de los principios fundamentales de nuestra organización política a la que se ha denominado Estado Social de Derecho, definido por Georges Vedel¹¹⁴ como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica”. Primer punto.

Como ya se resaltó, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha admitido que la facultad de imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, se constituye en una manifestación del poder administrativo sancionador del Estado, sin embargo, es posible considerar que atendiendo la actual regulación del tema, su pacto e imposición unilateral desconoce el principio de legalidad como uno de los principios fundantes del poder sancionador del Estado.

En efecto, se encuentra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha estructurado una sólida línea jurisprudencial en relación con el principio de legalidad como uno de los principios esenciales que gobiernan la potestad sancionadora del Estado, cuya regulación debe atender por los menos los siguientes criterios: En primer lugar, el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado implica que la conducta sancionable debe estar previamente definida en la ley (tipicidad), es decir que la definición de la infracción se encuentra reservada al legislador (reserva legal), no pudiendo ser delegada su definición en la autoridad administrativa¹¹⁵, en segundo lugar, el principio de legalidad

¹¹⁴ GEORGES, Vedel. “Derecho Administrativo”. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Traducción de la sexta edición francesa, 1980. p. 219.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 597 del 6 de noviembre de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 12. “Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas

implica también que la sanción debe estar claramente predeterminada¹¹⁶ o por lo menos fundamentada¹¹⁷ en la ley, lo que permitiría su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto y; *finalmente*, la sanción ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición¹¹⁸, y estar determinada plenamente¹¹⁹.

sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. (Subrayado fuera de texto).

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 417 del 4 de octubre de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Fundamento 3. “Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas”.

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 280 del 25 de junio de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 11. “Uno de los principios esenciales en este campo es el de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir “también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”¹¹⁷. Ahora bien, uno de los actores acusa la locución “o en su defecto, a una mayor entidad” del artículo 22 del CDU, precisamente por violar el principio de tipicidad, pues no se indica con precisión la sanción a aplicar en caso de un concurso de faltas disciplinarias”.

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 564 del 17 de mayo de 2000, Magistrado ponente: Alfredo Beltrán S. Consid. 5.5. “El principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse. Aspecto éste de gran importancia, pues con él se busca recortar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio que le es propio. Precisión que se predica no sólo de la descripción de la conducta, sino de la sanción misma.” “(...) La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal-reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser **razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión

En la primera parte de este trabajo se resaltó que la ley 80 de 1993 (*norma que derogó casi en su totalidad el Decreto 222 de 1983 y que dio paso al segundo escenario de regulación legal del tema*), se sustrajo de regular *expresamente* el tema del pacto e imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, pero según la jurisprudencia del Consejo de Estado (*destacada en este trabajo*), está permitido pactarlas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (Art. 32), pero está prohibido su pacto como facultades excepcionales y su imposición unilateralmente, precisamente en virtud de la derogatoria del Decreto Ley 222, en donde se encontraban consagradas como cláusulas exorbitantes.

Sin perjuicio de lo anterior, las leyes 1150 de 2007 (artículo 17) y 1474 de 2011 (artículo 86) (regulación del tercer escenario al que ya nos referimos), introdujeron una modificación al tema, en la medida en que establecieron que al amparo del poder sancionatorio del Estado, dentro del marco de las actuaciones contractuales y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponden a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, se otorgó a la Administración Pública la competencia y se reguló el procedimiento para *imponer las multas* que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones e igualmente la competencia para declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pero son la obligación de haberlas pactado, pues sin su pacto no resulta admisible su imposición unilateral.

Nótese que aun cuando las leyes 1150 y 1474, expresamente permiten la imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales pactadas y determinan un procedimiento para su imposición por vía administrativa (léase unilateralmente), materialmente tal normatividad no otorga a tales cláusulas la condición de cláusulas excepcionales, ni impone su pacto obligatorio, tal y como se encontraba establecido en el Decreto Ley 222 de 1983.

Así las cosas, admitir la existencia de la competencia de la administración para imponer unilateralmente las multas contractuales y la cláusula penal pecuniaria, como una

la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”.

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 333 del 29 de marzo de 2001, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. “(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de toques máximos o mínimos”.

manifestación del poder administrativo sancionador del Estado, tal y como se ha aceptado en la más reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se constituye en una posición inconstitucional y violatoria del principio de legalidad, en la medida en que el estatuto contractual (ni sus reformas) NO ha determinado o calificado la cláusula penal pecuniaria y las multas como una sanción administrativa, pues tal y como lo hemos referido, tal estatuto guardó silencio y no reguló expresamente el tema. Bajo ésta óptica, la materia en términos contractuales NO tiene fundamento legal en la que se determinen las cláusulas en comento como una sanción administrativa.

Por otro lado, el vacío antes referido o mejor la omisión legislativa, resulta absolutamente relevante para el tema bajo estudio, precisamente por cuanto se viola el principio de tipicidad (como elemento integrador del principio de legalidad), en la medida en que no se puede hablar de conducta sancionable, ni sanción, para el caso la multa y la cláusula penal impuesta, toda vez que la conducta y la sanción no tienen regulación legal expresa en el estatuto contractual y su consagración legal, como sanción contractual no puede derivarse de las normas regulatorias del código civil y el estatuto comercial, máxime cuando la imposición unilateral de tales cláusulas están supeditadas al pacto dentro del acuerdo negocial.

ArrublaPaucar (tratadista del derecho comercial ya citado)¹²⁰ cataloga la cláusula penal, como una cláusula accidental y fuente de una obligación accesoria, en la medida en que las partes pueden o no pactarla, por lo que la lectura para nuestro ordenamiento jurídico y para el tema que se analiza, resulta ser nada más ni nada menos que la potestad sancionatoria del Estado se encuentra sometida al arbitrio de las partes contratantes (*como derecho subjetivo, derivado precisamente de su pacto*), por lo que se reitera, siendo el contrato administrativo un contrato de adhesión, el particular contratante queda sometido a la arbitrariedad de la administración que la fija por vía de autoridad, sin reconocer el plano de igualdad en que se encuentran las partes al regular éste tipo de cláusulas, atendiendo el principio consagrado en el artículo 30 del Código Civil, el cual prescribe que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, precisamente por cuanto el estatuto contractual no lo reguló expresamente como cláusula excepcional y por remisión lo somete a la regulación comercial y civil del tema, en donde se pacta en un plano absoluto de igualdad.

Bajo los criterios antes expuestos, no es posible compartir el criterio jurisprudencial y doctrinal, según el cual, el pacto de la cláusula penal entre la administración pública y el

¹²⁰ARRUBLA PAUCAR, Op. Cit., 177 - 189.

contratista (*lexcontractus*), constituyen ley para las partes (C.C. Art. 1602) y por ende el contrato resulta ser la fuente mediata de la conducta sancionable y de la pena, en la medida en que según los criterios jurisprudenciales arriba citados, tal determinación se encuentra reservada a la ley (en sentido material), tanto en el campo de la determinación de la conducta sancionable como de la sanción.

En respaldo de lo ya afirmado, se observa que en la práctica, sin perjuicio de las observaciones que se pueden presentar por parte de los oferentes (es decir del eventual contratista) el contrato administrativo se constituye en un contrato de adhesión, por lo que en últimas resulta ser la administración, quien a su arbitrio, determina la conducta sancionable y la sanción a imponer, máxime cuando la imposición de sanciones administrativas se ha admitido como una facultad absolutamente reglada, en la ley y no en el contrato, valga la insistencia.

Actualmente, como ya se ha destacado, la facultad de imponer multas contractuales y la cláusula penal, se constituye en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y como tal su ejercicio debe ajustarse a los postulados del principio de legalidad, tal circunstancia, *impone* su consagración expresa, pues no puede ejercitarse una competencia sancionatoria desconociendo el principio de tipicidad de la sanción o lo que resulta aún más exótico, que las partes convengan, regulen y pacten el tipo de conducta sancionable y la sanción en el acuerdo negocial. Se constituye en una falacia, pensar que como las leyes 1150 y 1474, determinaron un procedimiento para imponer unilateralmente las multas contractuales y la cláusula penal, tal situación resulta suficiente para admitir la existencia de la potestad sancionada del Estado en esta materia, pues la determinación de tal procedimiento, NO subsana la inconstitucionalidad derivada de la inexistencia de norma especial que regule la conducta sancionable y la sanción, requisitos determinados por la jurisprudencia constitucional, por vía de sentencias de constitucionalidad, cuyas *ratio decidendi*, integran también el ordenamiento jurídico y el concepto de imperio de la ley¹²¹.

Bajo las anteriores precisiones, el autor de la presente investigación, no comparte la posición del Consejo de Estado, plasmada en la sentencia del 22 de octubre de dos mil doce (2012)¹²², en la que se admite la posibilidad de imponer multas contractuales y cláusulas penales como una manifestación de la facultad sancionadora del Estado y tampoco es posible admitir la posición de Escobar Gil, cuando califica la cláusula penal y las multas contractuales como cláusulas exorbitantes.

¹²¹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 539 del 6 de julio de 2011. Magistrado ponente: Ernesto Vargas Silva. (ii) el entendimiento del *imperio de la ley*, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, *incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales*".

¹²²COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del Veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

De lo anterior se desprende que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir conductas sancionables ni sanciones y mucho menos que estas puedan ser fijadas o determinadas por la administración en los contratos administrativo (caracterizados por ser de adhesión), con el fin exclusivo de imponerlas por vía administrativa, pues la determinación de las conductas sancionables y las sanciones se encuentran reservadas al legislador, por lo que se comparte lo expuesto por Pino Ricci¹²³, cuando señala que en vigencia de la ley 80 de 1993 (adicionando la ley 1150 y 1474) la administración NO puede imponer unilateralmente multas y cláusulas penales, pues no están consagradas legalmente – falta de tipicidad legal – como sanciones, por lo que sí se pactan en el contrato, su valoración y aplicación le incumbe al Juez del contrato, lo contrario sería violatorio del principio de legalidad.

3.2 Violación del principio de legalidad al permitirse la imposición de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas exorbitantes

En el presente trabajo se destacan las diferencias que existen entre las cláusulas excepcionales y la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, las cuales se originan precisamente en el tratamiento disímil que el estatuto contractual anterior (Decreto 222 de 1983) y el actual le otorgan al tema (ley 80 de 1993), argumentos que respaldan nuestra hipótesis, en el sentido de indicar que actualmente la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común, es decir no son cláusulas excepcionales, su pacto no resulta obligatorio en el actual sistema contractual y su imposición unilateral por parte de la administración, aun cuando las partes del contrato las hayan pactado y exista un procedimiento legal para imponerlas unilateralmente (ley 1150 y 1474), resulta contraria a su naturaleza y finalidad y se viola el principio de legalidad en la medida en que se encuentran afectadas de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Tal y como lo ha referido de antaño el Consejo de Estado¹²⁴, los poderes exorbitantes o excepcionales, son una clase de poderes que fueron dados por la ley a la administración para lograr el cumplimiento del contrato o para facilitar su ejecución, y no para convertirla en Juez del contratista más allá de sus límites temporales de competencia. Estos

¹²³ PINO RICCI, Op. Cit., p. 223.

¹²⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 1986. Magistradoponente Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 4550.

poderes son taxativos y de interpretación y aplicación restrictiva, naturalmente por corresponder al régimen de excepción.

Teniendo en cuenta el anterior marco, se observa que la ley 80 de 1993, no incluye la cláusula penal pecuniaria y la cláusula de multas en el catálogo de las cláusulas excepcionales (Art. 14), por lo que más que la existencia de un vacío legal, lo que se presentó fue un verdadero cambio legislativo, acorde con el nuevo modelo de Estado competitivo (en palabras de Palacio Jaramillo), para “*excluir*las” de su regulación, pues atendiendo las dificultades suscitadas para su aplicación en el régimen legal anterior y la tendencia del nuevo estatuto contractual, sustentado sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, según se puede concluir de los antecedentes legislativos (exposición de motivos) que en forma oportuna cita Matallana¹²⁵, en busca de abolir un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual y por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidémico.

¹²⁵ MATALLANA CAMACHO, Op. Cit., p. 859 “Igualmente, en este sentido, en la ponencia para primer debate de Senado y Cámara, realizado conjuntamente por las comisiones cuartas de tales cámaras, se dijo: Autonomía de la Voluntad. Consensualidad. Como se señala en la exposición de motivos del gobierno, la plena aplicabilidad de los conceptos del derecho privado se convierte en la principal consecuencia de la instauración del postulado de la autonomía de la voluntad como principio cardinal en la contratación estatal (art. 13 y 14), salvo, como es obvio, las materias que por pertenecer al ámbito público no pueden quedar al arbitrio de las partes.

Lo anterior significa que “las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico”. (exposición de motivos del gobierno).

No parece encontrarse mejor instrumento que la autonomía de la voluntad para alcanzar los principios que fundamentan constitucionalmente la función administrativa (art. 209 C.N.). La celebración de contratos por esencia pertenece a ella independientemente de la rama del poder público que los acometa.

Por ello, debe resaltarse la importancia que tiene el punto que nos ocupa, como quiera que constituya parte esencial de la estructura del proyecto. **En efecto, la consagración del postulado de la autonomía produce consecuencias diametralmente opuestas a las que se derivan de un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidémico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales.**

Cuánto tiempo y dinero no podrían ahorrarse las entidades oficiales si en ejercicio de la libertad contractual regulan sus relaciones, solucionan convencionalmente los conflictos y reconocen directamente los mayores costos que en forma justa y equitativa se deben a los contratistas.

Es que la riqueza normativa susceptible de emerger de la actividad negocial desempeñada en forma libre es tan extensa, variada e inconmensurable que resulta presuntuoso aspirar encauzarla y encasillarla en disposiciones fundadas en la desconfianza y en el detallismo formal”. (negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, se reconoce, en cambio, que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, en la legislación contractual anterior (Decreto 222 de 1983), por expreso mandato legal (art. 60), se constituían en cláusulas exorbitantes¹²⁶, cuyo pacto resultaba *obligatorio* en el contrato y la administración podía imponerlas unilateralmente.

Estas sencillas observaciones obligan a indicar que en el criterio personal del autor de éste escrito, en el nuevo estatuto contractual las cláusulas de multas contractuales y la penal pecuniaria, se pactan NO como una sanción de la administración para con el contratista (*como se está concibiendo actualmente*), sino como una expresión del principio de la autonomía de la voluntad, para que desempeñen las funciones que normal, común y ordinariamente cumplen en régimen contractual privado y cuyo régimen debe regular el pacto respectivo, sin consideración al régimen excepcional, por lo que la administración no se puede escudar en dicho pacto, para constituirse en Juez y parte de la actividad negocial.

Esta resulta ser pues, la justificación para que la cláusula penal y la cláusula de multas se pacten y apliquen en observancia del artículo 13 y 32 de la ley 80 de 1993, puesto que las cláusulas del derecho común se pactan mutuamente, en observancia del principio de igualdad, lo cual no resulta ser ajeno al régimen contractual estatal, máxime cuando la gran mayoría de los contratos administrativos, se celebran sobre la base del principio de igualdad y por ende se basan como los contratos del derecho privado en el principio *lexcontractus*, que otorga inmutabilidad al objeto del contrato, precisamente por cuanto la exorbitancia, resulta ser un régimen de excepción y por cuanto no todos los pactos de la administración pueden admitirse o revisten la condición de cláusulas excepcionales.

Bajo la anterior premisa, no es posible compartir la posición de Escobar Gil cuando afirma que las cláusulas de multas y la penal pecuniaria se deben considerar como

¹²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 1989. “Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como lo llaman algunos tratadistas (v. gr., Miguel A. Bercaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires: Depalma, 1980) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (art. 19, sobre terminación unilateral; 20, sobre modificación unilateral; 62, sobre caducidad; 71, sobre multas, y 72, sobre la cláusula penal pecuniaria, todos ellos del Decreto 222 de 1983”.

cláusulas exorbitantes al derecho común, precisamente por cuanto al amparo de la gestión del interés público, la realización de los fines institucionales y el aseguramiento de la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, se propugna indebidamente, por la aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales de las cláusulas de multas contractuales y la penal pecuniaria (sin ninguna limitación, como correspondería a un régimen excepcional), con el agravante de la no existencia de una norma que así lo permita, pues como se sabe, ni siquiera el propio régimen de exorbitancia (régimen de excepción por naturaleza) resulta aplicable a todos los contratos administrativos.

Como breve conclusión el autor de la presente investigación considera que la doctrina y la jurisprudencia NO pueden tratar las cláusulas penal pecuniaria y de multas contractuales como cláusulas excepcionales, pues i) no existe previsión legal que las catalogue *expresamente* como cláusulas excepcionales; ii) no existe norma que imponga su pacto obligatorio y; iii) No existe norma que permita su imposición directa y unilateral, sin perjuicio de que existan normas que diseñen un procedimiento para imponerlas(ley 1150 y 1474), pero sometidas (si y solo sí) a su pacto en el acuerdo contractual.

Resulta más que evidente que en el actual estatuto de contratación el legislador omitió regular las multas y la cláusula penal, por lo que no puede pensarse que al no haber estipulado expresamente las cláusulas de multas y penal pecuniaria, resulte un cambio legislativo intrascendente, para seguirlas aplicando como tal, por vía de interpretación de los principios de la contratación estatal y generales del derecho administrativo.

En ese orden de ideas, no resulta admisible la actual posición jurisprudencial del Consejo de Estado, ni las argumentaciones de la doctrina, en el sentido de que las cláusulas de multas contractuales y la penal pecuniaria, al amparo de la gestión del interés público, la realización de los fines institucionales y para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, aún en presencia del cambio legislativo implementado con la ley 80 de 1993, se puedan y deban catalogar, como cláusulas excepcional (Escobar Gil) o se permita su aplicación como tales(por vía jurisprudencial), sin que la ley así lo haya permitido expresa y directamente.

Muy al contrario de lo ya afirmado, resulta absurdo pensar que la existencia y aplicación de las cláusulas excepcionales (el régimen excepcional) sea el único camino para realizar los fines estatales; el camino exclusivo para gestionar adecuadamente el interés público y para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, por lo que es posible indicar que en todos aquellos contratos administrativos (se

podría afirmar, sin lugar a equívocos que la mayoría) que no están sometidos o no se pactan las cláusulas excepcionales, la administración no busca satisfacer el interés general y actúa sustraída de la consecución de los fines estatales.

En contraste con la posición jurisprudencial actual, tal y como quedó planteado en el capítulo anterior, el régimen de las cláusulas exorbitantes es un régimen de excepción, por lo que su interpretación y aplicación como todo régimen de excepción, en el marco de un Estado Social de Derecho, sólo se debe hacer en los casos expresamente autorizados por la ley, pues la excepcionalidad surge de la ley y no del acuerdo entre las partes y más aún cuando en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir los poderes excepcionales.

3.3 Violación del principio de legalidad al aplicar la cláusula penal y las multas contractuales por la vía de las competencias implícitas

Finalmente, hay que indicar que el autor del presente escrito no está de acuerdo con Escobar Gil, quien indica que las facultades de la administración para imponer como sanciones las cláusulas penal pecuniaria y las multas, devienen *implícitamente* del ordenamiento jurídico, puesto que así como se rechaza su calificación como facultades exorbitantes, las facultades sancionadoras del Estado surgen precisamente de la consagración de facultades explícitas, expresas y directas, no de facultades implícitas, precisamente porque deben tener su origen en el principio de legalidad.

Así las cosas, debe quedar claro que las potestades contractuales por emanar del derecho positivo y estar orientadas a la realización de los fines del Estado, tiene el carácter de orden público y por tal son inalienables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, condición necesaria para garantizar y preservar la regularidad, continuidad y eficiencia de las funciones administrativas. Sin embargo si el autor en referencia considera que para la imposición unilateral de las cláusulas penales y las multas contractuales, existe un requisito previo, cual es pactarse en el contrato para facilitar su ejercicio (posición reiterada por las leyes 1150 y 1474), tal argumento no respalda su posición, precisamente por cuanto la competencia contractual al emerger de la ley, no puede estar sometida al pacto contractual.

La cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales al no estar catalogadas como cláusulas exorbitantes y no tener su pacto un carácter obligatorio, no se constituyen en normas de orden público (*son derechos subjetivos que emanan del principio de la autonomía de la voluntad*) y por ende no revisten el carácter de irrenunciables, imprescriptibles, inalienables y intransmisibles, tal es la diferencia con la regulación del decreto 222 de 1983, en donde el ordenamiento jurídico imponía su pacto obligatorio y

las catalogaba como cláusulas exorbitantes, es decir, les otorgaba el carácter de orden público, la administración debía pactarlas, imponerlas y no podía renunciar a ellas. Así las cosas, no puede admitirse que el fundamento de la conducta sancionable este implícitamente en la ley (aún en vigencia de las leyes 1510 de 2007 y 1474 de 2011), pero solo aplicables si fueron pactadas en el contrato.

Surgen por ende, dos conclusiones, el primero, que no son potestades sancionatorias y; el segundo, que no son cláusulas exorbitantes, en la medida en que en ambos casos requieren consagración legal expresa. En efecto, la potestad sancionatoria requiere estar consagrada en la ley y la también condición de ser cláusula exorbitante, de manera expresa y directa. A diferencia de lo expuesto por Escobar Gil, si se acepta que las multas y las cláusulas penales son facultades exorbitantes y potestades sancionatorias, se estaría aceptando que son potestades implícitas de la administración, en la medida en que el ordenamiento jurídico omitió atribuirle expresa y directamente a la administración pública la facultad de imponerlas unilateralmente, por tal motivo y ante tal regulación, no puede entenderse que si las segunda son poderes extracontractuales que el derecho le otorga a los entes estatales para velar por el interés público, sean disponibles por las partes contratantes y solo operen si fueron pactadas.

Planteada así la cuestión, no puede concluirse de otra manera que las cláusulas penales y las multas contractuales al estar relegadas a un pacto entre las partes contratantes, por más esfuerzos que se hagan para justificar la procedencia de la facultad implícita, la solución es la regulación legal expresa de las cláusulas penales y las multas como una facultad excepcional, sin perjuicio de que se retornara, en palabras de Palacio Jaramillo a un sistema legislativo de corte monopólico.

4. Conclusiones y recomendaciones

Se destacó, a lo largo de esta investigación, que la ley 80 de 1993 no consagró la cláusula penal y las multas contractuales dentro del catálogo de cláusulas excepcionales (Art. 14), por lo que las despojó del carácter obligatorio y exorbitante que se les había otorgado en el Decreto Ley 222 de 1983, sin perjuicio de que la normativa actual (Leyes 1150/2007 y 1474/2011) hayan diseñado un procedimiento para su imposición unilateral, es decir la imposición de una sanción administrativa a manera de cláusula excepcional.

Resulta válida la afirmación según la cual, las cláusulas penal pecuniaria y de multas contractuales son cláusulas propias del derecho común y es posible su pacto en la contratación estatal, en observancia de lo normado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, siendo obligatorio que los principios y normas del derecho común u ordinario, es decir los principios y normas que regulan la contratación sometida al régimen privado, se constituya en la fuente normativa que las regula.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación contenida en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011, consagra dos (2) escenarios disímiles: El primero de ellos, en el que la cláusula penal y las multas contractuales, siguiendo los principios del derecho privado y los cauces normales de su regulación, pueden pactarse, en observancia del principio de igualdad de las partes contratantes y en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, principios propios e inherentes a la contratación entre particulares, reservándose su imposición exclusivamente al Juez del contrato y; el segundo escenario, a contrario sensu, se encuentra constituido por el pacto de la cláusula penal y las multas contractuales a la luz del artículo 13 de la ley 80, los principios de igualdad y de la autonomía de la voluntad privada, atendiendo para el efecto la regulación del derecho comercial y civil, sin perjuicio de que tal pacto (por mandato de los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011) otorgue la competencia a una de las partes contratantes (la administración) para sancionar a su cocontratante mediante la imposición unilateral de multas contractuales y mediante la declaratoria de incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en últimas, se pacta que una de las partes se convierta en parte y juez del contrato. Resulta muy gráfico que este último escenario se origine en un pacto bilateral pero que su imposición se constituya en un acto sancionatorio unilateral.

De lo dicho se desprende una conclusión de enorme trascendencia, la regulación de los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011 y su actual respaldo jurisprudencial resulta contraria a los principios de igualdad y de la autonomía de la voluntad que inspiran los contratos regulados por el derecho privado y desconoce el principio de legalidad e inescindibilidad de la ley. Se precisan, entonces, estos dos aspectos:

En efecto, no podría admitirse como ajustado al principio de igualdad de las partes contratantes y de la autonomía de la voluntad, pilares de la contratación entre particulares, la existencia de un pacto (el de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales) cuya fuente normativa sea el derecho civil y comercial, en virtud de lo normado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, en el que se otorguen facultades, potestades o privilegios evidentemente excepcionales a favor de una de las partes contratantes (la administración), quien en virtud precisamente del pacto (y solamente del pacto), asume la competencia para determinar el incumplimiento (parcial o total) del particular contratante e imponerle y ejecutarle (léase imponer unilateralmente, en virtud del privilegio de decisión previa y ejecutoria) la cláusula penal pecuniaria y las multas, en últimas para sancionar a su cocontratante.

Un pacto de tales características resulta contrario a los principios del derecho privado (fuente del acuerdo bilateral de las cláusulas bajo estudio), en especial el principio de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad, precisamente por la condición de superioridad, supremacía y preponderancia que se pacta exclusivamente en favor de una de las partes contratantes (la administración), creándose una inocultable disparidad de condiciones, parte que además asume la condición de Juez del contrato y de las actuaciones del particular contratante.

Por otro lado, este pacto resulta manifiestamente contrario al principio de la autonomía de la voluntad, puesto que la administración tiene la potestad de determinar desde la etapa precontractual el contenido de los pliegos de condiciones o términos de referencia (Art. 30) y por ésta vía define los términos y cláusulas del contrato, reduciéndose el margen de negociación del particular a simples observaciones en relación con los pliegos o términos de referencia, las que puede o no admitir, lo que en la práctica se constituye en la determinación unilateral del pacto negocial y más específicamente de los términos de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales.

Claramente, la administración obrando como parte dentro de un contrato regulado por el derecho común asume una posición de preponderancia, a contrario sensu, el particular contratista, asume una posición de absoluto sometimiento, en donde hablar de principio de igualdad resulta presuntuoso. No puede admitirse que sea un ejemplo de autonomía, voluntad e igualdad, dentro del marco de un acuerdo de voluntades regulado por el derecho privado, que se le otorgue a la administración (elcocontratante) la posibilidad de determinar, por vía administrativa, los términos del pacto, para nuestro caso, de la cláusula penal pecuniaria y de las multas contractuales y que dicho pacto además le otorgue competencia para declarar el incumplimiento (parcial o total) del particular

contratista, para proceder a imponerle unilateralmente la cláusula penal pecuniaria o la multa. Bajo ésta óptica, el juzgamiento que efectúa una de las partes del contrato (la entidad estatal), respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, sin lugar a dudas, rompe el principio de igualdad que caracteriza a las relaciones contractuales reguladas por el derecho privado.

Esta posibilidad resulta extraña en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del derecho civil y comercial, recuérdese que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales (tal y como se destaca en la parte final del segundo capítulo), son sanciones que no son extrañas a los contratos del derecho privado, dado que en ese régimen las partes pueden pactarlas, pero lo que resulta inadmisibles es que al no ser reguladas expresamente por las normas de la contratación administrativa, se permita sobre la base de su pacto, auto facultar a la administración (además titular del poder público) para imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al Juez del contrato para que sea él quien determine las consecuencias del incumplimiento.

En cuanto hace referencia a la violación del principio de legalidad, se considera que éste se presenta desde dos (2) ópticas, la primera relacionada con la imposibilidad de imponer sanciones sin que la conducta sancionable y la sanción estén consagradas en la ley y; la segunda, la relacionada con la imposibilidad de pactar poderes o facultades exorbitantes, pues la definición de este tipo de cláusulas también están reservadas a la ley y su pacto genera la existencia de una nulidad absoluta por objeto ilícito.

No puede admitirse que el principio de la autonomía de la voluntad regulado en el artículo 13, se constituya en un mecanismo vicioso (por lo menos para el particular contratante) para permitirle pactar en un contrato regulado por el régimen privado, la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como una sanción contractual, aplicable unilateralmente por la administración. La posibilidad de tal pacto sustentado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 y su imposición a manera de sanción contractual, siempre y cuando se hayan pactado por las partes (Leyes 1150 y 1474), desconoce el principio de legalidad, en primer lugar, por cuanto son las partes (y no la ley) por la vía del pacto contractual, quienes determinan la conducta sancionable y la competencia para imponerla, contrariando el principio según el cual el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado implica que la conducta sancionable este previamente definida en la ley (tipicidad), es decir que la definición de la infracción se encuentra reservada al legislador (reserva legal), no pudiendo ser delegada su definición a las partes contratantes y menos en la administración y; en segundo lugar, se observa que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar claramente predeterminada o por lo menos fundamentada en la ley, lo que permitiría su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto, aspecto éste que también desconoce el principio de legalidad, pues la sanción para el caso la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales la determinan las partes contratantes y el últimas la administración.

Por otro lado, se considera violado el principio de legalidad, en la medida en que el pacto para facultar a una de las partes contratantes para permitirle declarar el incumplimiento (total o parcial), imponer unilateralmente y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, real y materialmente se constituye en un pacto en el que se está creando una potestad absolutamente excepcional, cuya creación y regulación se encuentra exclusivamente relegada al legislador.

Se reitera que resulta una falacia, indiscutiblemente ajena y extraña al principio de igualdad absoluta y de la autonomía de la voluntad (como pilar de los contratos sometidos al derecho privado) y al principio de la libre concurrencia y a la libertad de empresa, pensar que el particular colaborador de la administración pueda pactar su sometimiento a un régimen sancionatorio, proyectado siempre en favor de la administración, plausibles de ser impuestas y ejecutadas unilateralmente por parte de la administración, es decir sin acudir al Juez del contrato; máxime cuando el estatuto contractual (Art. 14 de la ley 80/93) no incluye la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales como cláusulas excepcionales y por ende no se puede admitir el pacto de una cláusula común (Art. 13 Ley 80/93) pero su aplicación a manera de cláusula excepcional (Art. 14, ley 80/93), unilateralmente y en ejercicio de la potestad de decisión previa y ejecutoria, puesto que se desconoce el principio de legalidad.

Así las cosas, la regulación de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 en relación con la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales (que prevén un procedimiento sancionatorio) y la interpretación auspiciada por el H. Consejo de Estado (pacto bilateral pero imposición unilateral de una sanción) resulta incompatible, disímil y contradictoria con los principio del régimen privado en donde tienen su origen y realmente ajena a cualquier criterio lógico y sistemático de interpretación del ordenamiento jurídico, por más que se encuentre en juego la gestión del interés general y la prestación regular, oportuna y eficiente de los servicios públicos.

Como corolario de lo anterior, se encuentra que las normas sobre procedimientos sancionatorios y las cláusulas excepcionales son instituciones jurídicas que revisten el carácter de orden público, es decir irrenunciable, intransmisibles, imprescriptibles, inalienables y por tal no susceptibles de pacto en contrario entre las partes de un contrato, lo que de contera pone de presente que su pacto desconoce el principio de legalidad y genera inseguridad jurídica, puesto que cada contrato que suscriba la administración pública se constituiría en una regulación sancionatoria y excepcional.

Al comenzar estas reflexiones se planteó una hipótesis, según la cual la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituían en cláusulas del derecho común, donde se afirmó que su pacto no resultaba obligatorio en el actual sistema contractual y que su aplicación unilateral por parte de la administración pública, resultaba contraria a su naturaleza y finalidad y al principio de legalidad, la cual hemos confirmado, resultando

de ello que la cláusula penal pecuniaria y de multas contractuales no son cláusulas exorbitantes y no pueden ser impuestas unilateral y directamente en los contratos administrativos, aun cuando se encuentren pactadas por las partes del contrato.

Estas sencillas argumentaciones indican que salvo una reforma legislativa que le otorgue expresamente la condición de cláusula excepcional como lo fue en el Decreto Ley 222 de 1983, en nuestro régimen actual de contratación no se puede pactar la imposición unilateral de la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, a manera de cláusula excepcional, en la medida en que la determinación de lo excepcional está relegado a su definición expresa por parte del legislador. Sin perjuicio de la discusión que surge la incompatibilidad de la asignación de tales poderes propios de un Estado monopólico frente al nuevo modelo de Estado competitivo cimentado sobre los principios de libertad de empresa, la competencia económica, la desregulación y la globalización.

Finalmente, se debe indicar que la presente investigación genera una serie de problemas jurídicos adicionales al aquí estudiado, relacionados con la manera como debe regularse la cláusula penal y las multas contractuales, en la medida en que son consideradas sanciones administrativas, precisamente para ajustarlas a las sub reglas jurisprudenciales que se han determinado sobre la materia (definición legal de la conducta sancionable y de la sanción) e igualmente la posibilidad de otorgarle nuevamente a la cláusula penal pecuniaria y de multas contractuales la connotación de cláusulas excepcionales, tal y como se había establecido en el régimen contractual del Decreto Ley 222 de 1983, determinando las condiciones del régimen de excepción, es decir, en que contratos resultan obligatorias, prohibidas o facultativas.

Bibliografía

ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U. MANUEL y VODANOVIC H., Antonio. "Tratado de las Obligaciones". Volumen II, Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Editorial Jurídica de Chile: Segunda edición ampliada y actualizada, Santiago de Chile, 2004. p. 328 y s.s.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. "Contratos Mercantiles – Teoría General del Negocio Mercantil. Tomo I", 12ª Ed., Bogotá : Biblioteca Jurídica DIKE, 2008. págs. 177 - 189.

DE CUPIS, Adriano. "El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil." Trad. De la 2ª Ed. Italiana y estudio preliminar por Ángel María Sarrión. Barcelona, Bosch: Casa Editorial, 1975. p. 134.

DIEZ, Manuel María. "Derecho Administrativo. T. II". Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. p. 516.

DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Vol. I, Madrid: Ed. Tecnos, 1972. p. 662.

DROMI, Roberto. Licitación Pública. Ciudad Argentina. Buenos Aires: Hispania libros, 2010. p. 645.

ENTRENA KLETT, Carlos María. La equidad y el arte de juzgar. Navarra España: Editorial Aranzadi, 2ª, 1990. p. 23.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública". 1ª ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999. p. 388 y s.s.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo II". 8ª Ed., Madrid: Editorial Civitas, 2002. p. 180.

GARRIDO FALLA, Fernando y Otros. "Tratado De Derecho Administrativo, Volumen II". 2ª Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 195.

GEORGES, Vedel. "Derecho Administrativo". Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Traducción de la sexta edición francesa, 1980. p. 219.

LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato Vol. II. Editorial Temis. 1999. pg. 124 y ss.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983 Tomo III-A, p. 412.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. "Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993". 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 816.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Evolución del Concepto de Expropiación. Madrid: En: Revista de Administración Pública, Número 38, 1962. p. 18.

PALACIOS HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 1998. p. 223.

PINO RICCI, Jorge. El régimen de la Exorbitancia, las cláusulas obligatorias, Multas y Penal Pecuniaria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Régimen de Contratación Estatal, 1996. p. 223.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida. Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 377.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, Mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del 4 de junio 1998, Expediente Nro. 13.988.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 5 de Septiembre de 1996, Expediente 10.265.

_____. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C, mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748. Número Único: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del Veintinueve (29) de Agosto de 2012, Radicación Número: 05001-23-25-000-1994-01059(21315).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 19 de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del 4 de junio 1998, Expediente Nro. 13.988.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 20 de junio 2002. Expediente Nro. 19.488. Número Único 1001 – 03 – 26 – 000 – 2000 – 0004 – 01.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación 14579. Número Único. 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del Trece (13) de abril de dos mil once (2011). Radicación: 54001-23-31-000-1993-08742-01(17259).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 19 de agosto de dos mil cuatro (2004), radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del Veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicación 17009, Número Único. 68001 – 23 – 31 – 000 – 1996 – 02081 – 01 (17009).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Radicación 17009. Número Único. 68001 – 23 – 31 – 000 – 1996 – 02081 – 01 (17009).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrada ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación Número Único. 25000-23-26-000-2001-01219-01 (24639).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá D.C. Sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 9288.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de febrero de 2006. Expediente No. 13414 (R-7186).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Magistrada ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 7 de abril de dos mil once (2011). Radicación: 25000-23-26-000-1992-07866-01(17765).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B). Magistrada ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 28 de septiembre de 2011. Radicación número: 25000232600019940049401(15476).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del Veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 1986. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 4550.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 1989.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006). Expediente No. 13414 (R-7186).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 490 del 13 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T - 145 del 21 de abril de 1993. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C – 214 del 28 de abril de 1994. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia C – 597 del 6 de noviembre de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001, Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C – 1161 del 6 de septiembre de 2000, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C – 506 del 3 de julio de 2002. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C – 853 del 17 de agosto de 2005. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia C – 827 del 8 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C – 400 del 2 de junio de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia T – 1341 del 11 de diciembre de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C – 417 del 4 de octubre de 1993, Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C – 1436 del 25 de Octubre de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T – 438 del 1 de julio de 1992, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C – 195 del 20 de mayo de 1993, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C – 244 del 30 de mayo de 1996, Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C - 545 del 15 de noviembre de 1993, Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía

_____. Sentencia C – 061 del 1 de febrero de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C – 479 del 13 de agosto de 1992. Magistrados ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C – 417 del 4 de octubre de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C – 280 del 25 de junio de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C – 564 del 17 de mayo de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C – 333 del 29 de marzo de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C - 539 del 6 de julio de 2011. Magistrado ponente: Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencias del 7 de Octubre de 1976. Gaceta CLII – 441. Antología Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006. 120 años Corte de Casación, Tomo I, Sala Civil, Primera Edición, Sigma Editores Ltda, Bogotá D.C., 2007. p. 817 y s.s.

_____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1996. Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607.

REFERENCIAS NORMATIVAS

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Legis S.A., 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1909, artículo 3.

_____. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Legis S.A., 1991.

_____. Ley 57 de 1887 (15 de abril) Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Bogotá: Diario Oficial No. 7.109, 1887. p. 35.

_____. Ley 80 de 1993 (28 de octubre). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá: - D.O. 41094, Octubre 28/93, p. 1 - 16.

_____. Ley 1150 de 2007(16 de julio). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691, 2007. p.1

_____. Ley 1437 de 2011 (18 de enero). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial No. 47.956, 2011. p. 1

_____. Ley 1474 de 2011 (12 de julio). Por la cual se expide el Código de Comercio. Bogotá: Diario Oficial No. 48.128, 2011. p. 1.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971 (27 de marzo). Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339, 1971. p. 1

_____. Decreto 150 de 1973 (24 de septiembre) Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá: Diario Oficial No. 33.962 de 1973. p. 1.

_____. Decreto 222 de 1983 (2 de febrero). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No. 36.189, 1983. p. 1.

_____. Decreto 01 de 1984 (2 de enero). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá: Diario Oficial No. 36.439, 1984. p. 1.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510 de 2013 (17 de julio). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá: Diario Oficial No. 48.854, 2013. p. 3.

REVISTAS

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. "Cláusulas excepcionales" Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: En Revista de Derecho Público Nro. 17, 2004. pp 101 a 110.