



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LA IMPOSICIÓN DE LAS MULTAS PACTADAS EN EL
CONTRATO ESTATAL INTERADMINISTRATIVO COMO
FACULTAD CONVENCIONAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA
CONTRATANTE**

SAMUEL PALACIOS OVIEDO

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Área Curricular de Derecho
Maestría en Derecho – Profundización en Derecho
Administrativo
Bogotá, D.C.
2015**

**LA IMPOSICIÓN DE LAS MULTAS PACTADAS EN EL
CONTRATO ESTATAL INTERADMINISTRATIVO COMO
FACULTAD CONVENCIONAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA
CONTRATANTE**

SAMUEL PALACIOS OVIEDO

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al
título de
Magíster 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 Derecho
Administrativo
Bogotá, D.C.
2015**

*A mis padres, quienes me inculcaron la excelencia como valor y la
humildad como virtud. Mil y mil gracias.*

RESUMEN

La facultad de la entidad pública contratante para imponer las multas pactadas a la entidad pública contratista en el marco de un contrato interadministrativo, se justifica en razón a que la cláusula de multas es distinta a las potestades excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto que i) la primera corresponde propiamente al término de “cláusula”, mientras que las segundas no, y ii) estas últimas ostentan su criterio de excepcionalidad desde su origen o estipulación en el negocio jurídico, y toda vez que el pacto de la cláusula de multas no depende de este articulado sino del acuerdo de las partes de conformidad con las normas del derecho privado, el sustento de su estipulación no es el artículo 14 *Ibidem.*, sino el pacto en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y iii) el carácter excepcional de la cláusula de multas surge en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que no establece una prohibición o diferenciación de esta prerrogativa con relación a la naturaleza del pública o privada del contratista.

Ahora, de conformidad con la mixtura propia del régimen de contratación, esto es, la inclusión en el mismo de normatividad de derecho público y privado, si la entidad pública contratante tiene su régimen de contratación en el EGCAP, se encuentra autorizada para imponer las multas al contratista incumplido siempre que se mantenga la situación de incumplimiento contractual, y si la entidad contratante tiene un régimen excepcional al de contratación pública, está autorizada para imponer las multas pactadas en el contrato interadministrativo siempre que en sus estatutos contemple que estos aspectos se regirán por las instituciones del régimen general de contratación pública, luego, la facultad del ejercicio de esta prerrogativa depende propiamente del régimen que regule a cada una de estas entidades.

Palabras clave: multas, cláusula, facultad convencional, potestad unilateral, contrato interadministrativo, convenio interadministrativo, cláusula excepcional, autonomía de la voluntad.

ABSTRACT

The faculty of the contracting public authority to impose fines agreed to the public entity contractor under an inter-contract, is justified on the ground that the penalty clause is different from the exceptional powers of Article 14 of Law 80 of 1993 , whereas i) the first properly corresponds to the term "clause", while the latter not, and ii) the latter criterion flaunt their uniqueness from its origin or stipulation in the legal business, and since the pact penalty clause does not depend on this articulated but the agreement of the parties in accordance with the rules of private law, the livelihood of its provision is Article 14 Ibid., but the covenant under the principle of autonomy, and iii) the exceptional nature of the penalty clause appears in Article 17 of Law 1150 of 2007, which does not provide a ban or differentiation of this prerogative in relation to the nature of public or private contractor.

Now, under the proper mix of procurement regime, ie the inclusion therein of regulation of public and private law, if the contracting public entity has its procurement regime in EGCAP, is authorized to impose fines the contractor always defaulted to the situation of breach of contract is maintained, and if the contracting entity has an exceptional public procurement regime is authorized to impose fines agreed in the inter-contract, provided that in its statutes contemplate that these aspects be governed by the institutions of the general public procurement regime, then the power of exercising this prerogative depends strictly the law governing each of these entities.

Keywords: fines, clause, conventional power, unilateral authority, inter-contract administrative agreement, exceptional clause, autonomy.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN	1
1. APROXIMACIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE LA POTESTAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE PARA IMPONER LAS MULTAS PACTADAS EN EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO.....	7
1.1. Las cláusulas excepcionales en el marco de la Contratación Pública.....	7
1.1.1. El sustento de las cláusulas excepcionales en su regulación legal	7
1.1.2. Cláusulas excepcionales al derecho común	10
1.1.3. Otras cláusulas o facultades excepcionales no dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.....	12
1.2. Las cláusulas excepcionales en el convenio interadministrativo y en el contrato interadministrativo	18
1.2.1. Las denominadas cláusulas excepcionales como conceptos ajenos a la naturaleza del convenio interadministrativo.....	18
1.2.1.1. La capacidad negocial y de cooperación de las entidades públicas	18
1.2.1.2. Las cláusulas excepcionales en el convenio interadministrativo..	21
1.2.1.3. La garantía de cumplimiento en los convenios interadministrativos	24
1.2.2. ¿Son los convenios interadministrativos sinónimos de los contratos interadministrativos?	26
1.2.3. El contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo como conceptos diferentes	29
1.3. El debate a resolver: la aplicabilidad de las multas en los contratos interadministrativos	32

2. LA FACULTAD LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA IMPONER LAS MULTAS PACTADAS A LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATISTA EN EL RÉGIMEN PÚBLICO, Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA PRERROGATIVA EN EL DERECHO PRIVADO	39
2.1. La multa en la contratación administrativa, naturaleza, requisitos para su aplicabilidad y procedimiento para su imposición.....	39
2.1.1. Evolución histórica de la concepción de las multas en el contrato estatal, ¿son una facultad o cláusula excepcional?	40
2.1.2. La concepción de las multas en el Decreto 222 de 1983.....	41
2.1.3. El tratamiento de las multas a partir de la Ley 80 de 1993	43
2.1.4. La concepción legal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007	50
2.1.5. El procedimiento administrativo sancionador para la imposición de multas contractuales, dispuesto en la Ley 1474 de 2011	51
2.1.6. Aspectos relevantes en el procedimiento administrativo sancionador por el cual se impone multas al contratista incumplido.....	54
2.2. La contratación interadministrativa, establecimiento de su naturaleza, régimen y facultades de la partes para su efectiva ejecución.	62
2.2.1. La contratación interadministrativa como concepto diferente al convenio interadministrativo	62
2.2.2. El contrato interadministrativo y la contratación directa	67
2.3. La imposición de multas en el contrato interadministrativo, ¿contraria al principio de unidad del Estado?	71
3. LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS EN EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	75
3.1. Las “cláusulas excepcionales” de la Ley 80 de 1993 y la cláusula excepcional de multas.....	75
3.2. La aplicación de las multas en los contratos interadministrativos regidos por el derecho público	83

3.2.1. El contrato interadministrativo de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011.....	86
3.3. La aplicación de las multas en los contratos interadministrativos regidos por el derecho privado – El establecimiento de la facultad convencional de la entidad contratante.....	91
CONCLUSIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA:	101

INTRODUCCIÓN

El Consejo de Estado¹ planteó la postura según la cual una entidad pública contratante no puede imponer las multas previamente pactadas en un contrato interadministrativo, en virtud de lo dispuesto en la prohibición consagrada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en la calidad pública de los contratantes que impide el rompimiento del criterio de igualdad entre éstos, toda vez que consideró que el negocio jurídico se ejecutaba de conformidad con las normas de derecho privado. Sin embargo, posteriormente con la expedición de la Ley 1474 de 2011, se especificó en sus artículos 92 y 93, situaciones jurídicas según las cuales en casos particulares este negocio jurídico debía regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, planteándose así el interrogante en torno a la competencia de la entidad contratante para ejercer su facultad conminatoria en contra del contratista –entidad pública, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, tesis que la doctrina² extendió a los contratos cuya ejecución se rigiera por el derecho privado, en razón de la prevalencia de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Se sustenta entonces el problema de precisar en primera medida el carácter excepcional de la cláusula de multas, y si a ésta le es posible aplicar la restricción prevista para las prerrogativas contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales no pueden ser aplicadas en el contrato interadministrativo. Una vez superado este presupuesto, el interrogante se circunscribe en la definición del “contrato interadministrativo” y en la posibilidad de la imposición unilateral de las multas pactadas en este negocio jurídico, atendidos los

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

² Entre otros: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS Editores S.A., 2014. p. 314; FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. La contratación estatal. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEYER Editores, 2014. p. 363; RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. LA ACCION EJECUTIVA ANTE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA. 4ª edición. Medellín.: Librería jurídica Sánchez R. LTDA. p. 199 y 200.

escenarios en los que la entidad contratante se rija bien sea por el EGCAP o por un régimen excepcional.

Dando contestación a este interrogante, la hipótesis planteada en la presente investigación se centra en especificar que dado que en el marco legal vigente no existe una posición clara en el ordenamiento jurídico en cuanto a la facultad de la entidad contratante para imponer multas al contratista en la ejecución de un contrato interadministrativo, resulta necesario llenar el vacío legal ante las nuevas situaciones jurídicas dispuestas por el legislador en el marco de este negocio jurídico, y como solución a este planteamiento se pretende establecer que es permisible legalmente que las multas que se pacten en un contrato interadministrativo, sean impuestas directamente por la entidad contratante sin la intervención del juez natural del contrato, toda vez que esta potestad unilateral de la administración encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que no prohíbe el ejercicio de esta prerrogativa en este tipo de negocios jurídicos.

Así, los contratos que se ejecuten de conformidad con las normas propias del régimen de contratación pública naturalmente la entidad contratante podrá ejercer esta facultad, y en los casos en que el contrato se rija por el derecho privado, al concurrir el carácter de mixtura en las normas que pueden contener el contrato estatal en virtud de los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, de la disposición en el régimen especial que contemple la facultad de aplicabilidad de las normas generales de contratación pública y de la autorización en el propio contrato estatal; podrá la entidad contratante imponer las multas al contratista incumplido.

Por lo anteriormente referido, como objetivo general es imperativo establecer la determinación de la competencia de la administración como entidad contratante para imponer multas al contratista -entidad pública- en la ejecución de un contrato interadministrativo, objetivo que específicamente se desarrollará en la

medida en que se indague i) si la figura de la multa en la contratación pública es una cláusula o facultad excepcional de la administración, si se le aplica la prohibición de su aplicación en los contratos interadministrativos, ii) determinar si la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene validez ante la situación jurídica del contrato interadministrativo en el marco de la efectividad de los principios que rigen la contratación pública, y iii) si en el contrato interadministrativo regido bien sea por la normatividad del Estatuto General de la Contratación Pública o por un régimen excepcional, es permisible el ejercicio de esta potestad por parte de la entidad pública contratante.

En definitiva, el asunto a resolver, requiere como presupuesto definir el carácter excepcional de la cláusula de multas, y si al serlo se rige de conformidad con lo regulado para las potestades unilaterales descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario encuentra su regulación especial en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, sin que por ello le aplique la prohibición descrita en el referido artículo 14, esto es, de su utilización en los contratos interadministrativos.

Una vez superado este presupuesto, debe resolverse lo atinente a la concepción misma del *contrato interadministrativo*, que implica su diferenciación del *convenio interadministrativo*, y el establecimiento de los casos en los que la relación interadministrativa configura un contrato propiamente dicho, el cual no se reduce sólo al celebrado previa modalidad de selección de contratación directa, sino que en razón de la Ley 1474 de 2011 encuentra también su justificación como resultado de un proceso de selección abreviada o licitación pública, y en la posibilidad de que se rija bajo las normas del Estatuto General de Contratación Pública, lo que naturalmente permitirá resolver en estos casos la aplicabilidad de la cláusula de multas por parte de la entidad que funja como contratante, sobre la entidad pública contratista.

Aún así, también se analizará el caso de los contratos interadministrativos que se rijan por el derecho privado, en los que finalmente se resolverá el debate con relación a la equiparación de este tipo de negocios jurídicos con las relaciones contractuales entre particulares, y en definitiva el cuestionamiento entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, para finalmente concluir que en este caso, la habilitación para imponer las multas al contratista incumplido se encuentra en la Ley y en la normatividad propia del régimen especial de contratación, pero su aplicabilidad en el contrato interadministrativo en particular, se llevará a cabo previo acuerdo entre las partes, y en ese sentido, la facultad de la imposición de las mismas más allá de su exclusiva naturaleza de excepcional, será una facultad convencional.

En virtud de lo anterior, la metodología a desarrollar implicará un análisis jurisprudencial y dogmático, recolectando la información de las diversas posiciones con relación al carácter excepcional de las multas en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, así como en la estructuración conceptual de los términos de “contrato interadministrativo” y de “convenio interadministrativo”. De igual forma se establecerá un proceso hermenéutico de segundo nivel, desarrollado en las etapas de desarrollo teórico y conceptual, así como una metodología deductiva para establecer el análisis de la imposición de las multas por parte de la entidad contratante pactadas en el contrato interadministrativo a partir del marco normativo de contratación pública y, finalmente, se hará una confrontación entre el desarrollo metodológico y la línea jurisprudencial, mediante un método de análisis comparativo entre las distintas tesis del Consejo de Estado frente a este tema, y la aparente contradicción en el tratamiento de distintas cláusulas excepcionales y en su restricción en el contrato interadministrativo.

Para ello, la presente investigación se dividirá en tres capítulos, en el primero se presentará una aproximación conceptual con relación a las cláusulas excepcionales, a las multas, desde la perspectiva jurisprudencial que la considera como cláusula excepcional, así como de la posición doctrinaria que no

la dota de esta prerrogativa. En el mismo acápite se presentará una aproximación a las concepciones que equiparan el concepto de *contrato* y *convenio* interadministrativo, así como el que los diferencian, y se presentaran las distintas posiciones con relación a la potestad de la administración para imponer las multas pactadas en el contrato interadministrativo, estableciendo el debate entre las justificaciones propias del principio de legalidad, del quebrantamiento del criterio de igualdad, y del principio de la autonomía de la voluntad.

En el segundo capítulo se concretará el carácter de excepcionalidad en la cláusula de multas, para establecer que no lo es en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin que se niegue la facultad excepcional que implica la aplicabilidad de esta prerrogativa de forma unilateral, pero que en todo caso no lo vinculará a la prohibición de este artículo para su uso en los contratos interadministrativos, siendo un criterio que encontrará su precisión en el último capítulo. Así mismo se concretará el sentido del contrato interadministrativo, para finalmente establecer la imposición de la cláusula de multas en este negocio jurídico, tanto en los contratos que se rijan por el régimen público, así como por el régimen privado y en este último la justificación del criterio de convencionalidad en tratándose de esta potestad.

Finalmente, en el último capítulo se expondrá la tesis planteada con relación al tratamiento de la cláusula de multas, en el sentido de precisar que no se puede comparar con las potestades excepcionales establecidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dado que si bien su aplicabilidad es un criterio de excepcionalidad, éste no se predica de su inclusión en el contrato interadministrativo, ya que sólo depende del pacto, esto es, de la voluntad de las partes, y por otra parte la excepcionalidad en su aplicabilidad no está sustentado en esta norma, sino en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que permite el ejercicio de esta potestad independientemente de la naturaleza de las partes contratantes.

Acto seguido se concretará la posibilidad del uso de esta prerrogativa por parte de la entidad contratante en este negocio jurídico, estableciendo los casos en los que es aplicable en virtud del contrato regido por las normas del régimen exceptuado de contratación, que tiene su sustento en la autorización legal para tal fin y en el acuerdo de las partes para que el tratamiento de esta cláusula se haga en virtud del régimen jurídico público.

1. APROXIMACIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE LA POTESTAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE PARA IMPONER LAS MULTAS PACTADAS EN EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO

Este acápite comprenderá lo atinente a las denominadas cláusulas excepcionales en el marco de la contratación pública, se llevará a cabo la exposición de estas prerrogativas en el convenio interadministrativo y en el contrato interadministrativo y se hará el planteamiento de la situación debatida, esto es, la aplicabilidad de las multas en el contrato interadministrativo.

1.1. Las cláusulas excepcionales en el marco de la Contratación Pública

Para efectos de ubicar a las cláusulas excepcionales en el marco de la contratación pública, se hace necesario exponer i) el sustento de las cláusulas excepcionales en su regulación legal, ii) las cláusulas excepcionales al derecho común, y iii) un acercamiento a otras cláusulas, facultades o prerrogativas no dispuestas taxativamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

1.1.1. El sustento de las cláusulas excepcionales en su regulación legal

El ordenamiento jurídico colombiano refiere a las cláusulas excepcionales como las facultades unilaterales con las que cuenta la administración pública, para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. En términos de GEORGE VEDEL, son las *“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”*³, a su vez PALACIO HINCAPIÉ⁴, refiere que con ellas se confiere a una de las partes la supremacía sobre la otra, ajenas a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad, siendo en su criterio extrañas en las convenciones a los particulares, ya que obedecen a prerrogativas que el ordenamiento jurídico confiere de forma exclusiva a las entidades públicas; y por

³ VEDEL, George. Derecho Administrativo. 1ª ed. España: Aguilar. 1980. p. 191 y 205.

⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 7ª ed. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. LTDA., 2014. p. 426 y 427.

su parte NIÑO ZAMBRANO concluye *“que no son una muestra de un poder desbordado del Estado frente al contratista, sino que son herramientas efectivas que le permiten abordar situaciones que podrían alterar la debida prestación del servicio y por consiguiente proteger el interés general que es lo que finalmente le interesa al Estado”*⁵.

En este orden de ideas, esta prerrogativa es exclusiva de la administración pública, siendo esta figura ajena no sólo a los contratos celebrados entre particulares, sino en principio al negocio jurídico regido por el derecho privado, entendido que las entidades públicas también suscriben contratos bajo dicho ordenamiento, entre otros casos de conformidad con las normas que consagran los regímenes exceptuados al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP), como por ejemplo lo son el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, para el caso de los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales, o en los casos de las empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas con participación mayoritaria del Estado, en virtud del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, cuando desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados.

Al respecto, el Consejo de Estado, que con ocasión al análisis de las cláusulas excepcionales pactadas en los contratos de servicios públicos domiciliarios, afirmó lo siguiente:

“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

⁵ NIÑO ZAMBRANO, Arturo. Contratación Estatal: Delimitación: cláusulas excepcionales en contratos estatales. Bogotá D.C., 2011 30 h. Trabajo de grado (especialista en Contratación Estatal). Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Instituto de postgrados. p. 25.

*normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) 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, (...)*⁶

De conformidad con lo anterior, el hecho de que las entidades públicas actúen en un marco de igualdad frente a los particulares, le impide ejercer las potestades exorbitantes, siempre que las mismas no hayan sido atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales.

En el marco de las potestades unilaterales regladas en el derecho privado, RENGIFO GARCÍA⁷ afirma que la posibilidad de la terminación unilateral del contrato es permitida por el mismo legislador o admisible en especiales vínculos contractuales como la duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica, y sustenta su tesis refiriendo normas que disponen que uno de los suscribientes puede terminar unilateralmente el contrato, destacando en materia civil el contrato de mandato (art. 2191, Co. Civ.) en el que el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio; en el contrato para la confección de una obra material (art. 2056 Co. Civ.), según el cual quien encargó la obra puede hacerla cesar, reembolsándole al artífice todos los costos y dando lo que valga el trabajo hecho o le que hubiere podido ganar en la obra; y en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2066, Co. Civ.), según el cual cualquiera de las partes puede poner fin al servicio cuando quiera.

En materia mercantil, el autor⁸ destaca el contrato de suministro (art. 977, Co. Co.), en el que si no se ha estipulado su duración, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato dando a la otra preaviso; en el contrato de seguro

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 28 de septiembre de 2011. Radicado No.: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476).

⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS Editores S.A., 2014. p. 97 y 98.

⁸ *Ibíd.* p. 97 y 98.

(art.1071, CoCo.), en el que se permite su revocación unilateral por cualquiera de las partes mediante aviso escrito a la otra parte; y en el contrato de fiducia (art. 1240, num. 12, Co.Co.) es una causal de extinción del contrato la revocación del fiduciante cuando expresamente se haya reservado este derecho.

Así las cosas, se debe precisar que las facultades ejercidas unilateralmente por una de las partes del contrato, más que encontrar su límite o prohibición en el régimen jurídico que lo regule, o si es suscrito por personas públicas o privadas, requiere que dicha facultad esté regulada legalmente, es decir, que el ordenamiento jurídico permita su ejercicio.

1.1.2. Cláusulas excepcionales al derecho común

La ley 80 de 1993 en su artículo 14 preceptúa la facultad de la interposición de las cláusulas excepcionales a la contratación privada, con el fin de que las entidades estatales den cumplimiento a los fines de la contratación pública. En los términos de FANDIÑO GALLO, *“las cláusulas excepcionales al derecho común facultan a las entidades estatales a ejercer potestades que tienen por objeto hacer prevalecer el interés general, y especialmente garantizar la continua y correcta prestación de los servicios públicos; con tales facultades la Administración adquiere una situación de superioridad frente al contratista”*⁹, definiéndolas como *“aquellas que tienen por objeto conferir a una de las partes derecho o imponer obligaciones extrañas a las que normalmente se pactan entre particulares”*¹⁰.

Así mismo, el Consejo de Estado con relación a las cláusulas excepcionales consideró:

⁹ FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. La contratación estatal. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEYER Editores, 2014. p. 363.

¹⁰ *Ibíd.* p. 363.

En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado¹¹.

Para PALACIO HINCAPIÉ¹², estas cláusulas aseguran al Estado que el contrato pueda llegar a su fin, permitiendo orientar su interpretación, ejecución y modificación, terminación, e incluso ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, se pueda declarar su caducidad. Así mismo agregó que la Ley 80 de 1993 no autorizó la inclusión de la cláusula de multas y penal pecuniaria, lo que ha llevado a distinta posición de la doctrina frente a la posibilidad de su inclusión y a su imposición directa por parte de la administración, situación que será analizada más adelante.

Sea del caso precisar, que la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales es determinada a partir del contrato con la administración pública del que se trate, siendo en algunos casos su inclusión: a) obligatorio, b) facultativa, y c) prohibida.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 estableció la obligatoriedad de la inclusión de las cláusulas, lo cual significa que si no se incorporan en el contrato se entienden pactadas, en los contratos a) que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, b) de prestación de servicios públicos (con excepción de los regulados en la Ley 142 de 1994), c) de obras y d) de explotación y concesión de bienes del Estado y de APP. En este sentido se erige la posición del doctrinante FANDIÑO GALLO¹³.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera - Subsección B. C.P. Dra. Stella Díaz del Castillo Stella. Sentencia del 6 de abril de 2011. Radicado No: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483).

¹² PALACIO HINCAPIÉ, Op. cit. p. 432 y 433.

¹³ FANDIÑO, Op. cit. p. 364 y 365.

Por otra parte, es facultativa la inclusión de las cláusulas excepcionales, es decir, cuyo pacto es opcional, en los contratos de prestación de servicios y en los de suministro. Está prohibida su inclusión en los contratos a) que se celebren con personas públicas internacionales, b) de cooperación, ayuda o asistencia, c) interadministrativos, d) de empréstito, e) donación, f) arrendamiento, g) que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a los señalados en el numeral 2º del artículo 14, h) que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, e i) de seguro tomados por los entes estatales.

Como un cuarto grupo, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴ incluyó los contratos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores, como lo son el de consultoría, comodato o leasing, en los cuales no es posible la constitución de las cláusulas excepcionales, dado que su inclusión requiere de autorización legal, sin que puedan establecerse este aspecto en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

1.1.3. Otras cláusulas o facultades excepcionales no dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993

En los términos de SANTOFIMIO GAMBOA¹⁵, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de naturaleza del contrato estatal en la medida en que se entienden que pertenecen por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La Ley de contratos estatales recoge para estos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501 del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual. Por

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. No. 30832.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Bogotá: Universidad Externado, 2008, p. 21 y 22.

otra parte, el autor refiere que el esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado, parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser de verdad excepcionales, y por tanto no de aplicación generalizada para todos los contratos que se celebren con el Estado.

Se observa, entonces, que SANTOFIMIO GAMBOA concibe las cláusulas excepcionales a partir de la disposición expresa que sobre el tema se hace en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, surge en la doctrina y en la jurisprudencia una problemática con relación a ciertas facultades ejercidas por la administración que sin estar establecidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se denominan “potestades excepcionales”, dándole aplicabilidad a las prerrogativas dispuestas en el Estatuto de Contratación Pública.

En tratándose de las cláusulas penal y de multas, RICO PUERTA¹⁶ las clasifica como “*cláusulas no excepcionales de contenido sancionatorio*”, dado que ambas tienen naturaleza consensual de origen legal, porque las partes acuerdan las causales, la cuantía y la oportunidad para su imposición, correspondiendo a la esfera de la autonomía de la voluntad.

Por su parte GÜECHA MEDINA¹⁷ preceptúa que en lo que se refiere a las cláusulas exorbitantes o excepcionales, el ordenamiento jurídico colombiano ha determinado una supuesta consagración legal de las mismas en la medida en que ha pretendido hacer una inclusión expresa de tales cláusulas en el estatuto contractual; pero al ser establecidas por la Ley de contratación, lo que hace es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, desvirtuando la naturaleza propia de lo que se conoce como cláusulas de un contrato. En efecto,

¹⁶ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la Contratación Estatal. 8ª ed. Bogotá D.C.: LEYER Editores, 2013. p. 886.

¹⁷ GÜECHA MEDINA, Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. En: Opinión jurídica [en línea]. no.10 (Dic. 2006) <<http://revistas.udem.edu.co/ojs/index.php/opinion/article/view/128/112>> [consultado en 23 de octubre de 2014]. ISSN 2248-4078. p. 42.

el acuerdo de voluntades que caracteriza a las cláusulas de un contrato, cuando se trata de las exorbitantes, se sustituye por prerrogativas de la Administración Pública en donde se le otorgan facultades unilaterales que referidas a la contratación pública le permiten tomar decisiones sin necesidad de acudir a la jurisdicción, concluyendo así que el concepto de "*cláusulas excepcionales*", debe ser sustituido por el otorgamiento de poderes excepcionales a la Administración, que determinan un plano de desigualdad superior frente a los contratistas en el proceso administrativo de contratación.

En la misma línea doctrinaria, pero reconociendo expresamente un carácter tanto excepcional como convencional de las cláusulas penal y de multas, SUÁREZ TAMAYO¹⁸, quien afirma que la legislación le ha otorgado a la administración ciertas prerrogativas que le permiten estar en una situación de superioridad, prevalente y privilegiada frente al particular contratista, encontrándose entre ellas la caducidad, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, las multas y la cláusula penal pecuniaria. Así mismo, reconoce que en la legislación colombiana, tanto en el Decreto Ley 150 de 1976 como en el Decreto Ley 222 de 1983, las cláusulas de multas y penal pecuniaria eran excepcionales, mientras que en la Ley 80 de 1993 no estaban consideradas como tales, sin embargo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 el tema suscitó debate con relación a la naturaleza de dichas cláusulas. En este aspecto, el doctrinante dejó clara su postura¹⁹ al considerar que el hecho de que la administración pueda imponer las multas y declarar el incumplimiento, hace pensar que son cláusulas exorbitantes, pues cumplen con los requisitos de fondo de la naturaleza de este tipo de cláusulas, los cuales son: i) otorgar un poder, un privilegio a favor de la Entidad pública, ii) que la dejan en una situación de superioridad sobre el contratista, iii) se pueden imponer unilateralmente mediante acto administrativo, iv) gozan del privilegio de la presunción de validez, v) gozan del privilegio de

¹⁸ SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria: serie: Las cláusulas del Contrato Estatal. 1ª ed. Medellín.: Librería jurídica Sánchez R. LTDA. & Centro de Estudios de Derecho Administrativo - CEDA, 2014. p. 25 y 26, 46 y 47.

¹⁹ *Ibíd.* p. 158 y 159.

ejecutividad y ejecutoriedad, vi) pueden ser cobradas por vía de jurisdicción coactiva, vii) provienen de mandato legal, no de convención entre las partes.

El autor así mismo advierte que el hecho de aceptar que dichas cláusulas son exorbitantes, habría que entender en una interpretación estricta, restringida y limitada, que las mismas sólo procederían de manera obligatoria en los cuatro contratos que señala el artículo de la Ley 80 de 1993, siendo optativas en los contratos de prestación de servicios o de suministro, y en los demás contratos estarían proscritas. No obstante, dicha interpretación no sería la más aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, sino que probablemente se tendría una interpretación amplia en el sentido de que ambas cláusulas si bien pueden considerarse excepcionales, pueden estar presentes en todos los contratos que celebren las entidades estatales, por no estar comprendidas en la redacción inicial del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y dado que el Legislador en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no señaló excepciones, ni limitaciones.

A su vez, el Consejo de Estado estableció estos poderes excepcionales de la administración, en tratándose de la cláusula de multas y cláusula penal, limitando su imposición unilateral tanto en los contratos regidos por el derecho privado como en los interadministrativos, considerando lo siguiente:

“(...) no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993²⁰, si se encuentran prevista la

²⁰ Nota de autor: debe entenderse que el Consejo de Estado en esta sentencia se refiere a la Ley 1150 de 2007.

*competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos*²¹.

Así las cosas, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo estableció expresamente que las multas pueden imponerse de manera unilateral de conformidad con la Ley 1150 de 2007, pero que esta potestad no es extensiva a los contratos interadministrativos, pese a que reconozca que las multas no están expresamente consagradas como cláusulas exorbitantes. En la aclaración de voto a esta providencia, el magistrado Dr. Enrique Gil Botero afirmó:

*“parto de la idea de que la imposición de una sanción de multa es un poder exorbitante –aunque no esté expresamente relacionado en el art. 14 de la ley 80, pues si bien no lo es para el pacto o acuerdo, pues se requiere consentimiento para incluirla en el contrato, sí lo es para su declaración – pues la ley permite declararla-. Se trata, entonces, de una exorbitancia, al fin y al cabo, y por eso no se puede ejercer mutuamente entre entidades estatales”*²².

Así mismo la Corporación en su concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil también sostuvo que *“la potestad unilateral de la Administración contratante de imponer las multas pactadas previamente en el contrato, siempre ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo”*²³, y más adelante precisó que *“los poderes exorbitantes, incluida la imposición y recaudo unilateral de las multas pactadas en los contratos, se fundamentan en el interés público, son irrenunciables por estar contemplados en normas de orden público, de interpretación restrictiva y finalmente, no se refieren a derechos sino a potestades que se encuentran claramente determinadas y delimitadas material y temporalmente”*²⁴.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

²² *Ibíd.* p. 34.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Consejo de Estado. C.P. Dr. Álvaro Namen Vargas. Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

²⁴ *Ibíd.*

Esta posición jurisprudencial implica que las cláusulas penal y de multas, las cuales no están previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, jurisprudencialmente han sido entendidas como “*potestades excepcionales*”, en razón de lo cual se le aplicarían ciertas prerrogativas propias de las cláusulas excepcionales, como por ejemplo la de la prohibición de su pacto en cierto tipo de contratos estatales, o mejor aún la prohibición de hacerlas efectivas de forma directa por parte de la administración, siendo uno de estos casos el de los contratos interadministrativos.

No obstante lo anterior, SUÁREZ BELTRÁN cuestiona tanto la calidad de excepcional de la cláusula de multas, como de la prohibición de su directa aplicabilidad por parte de la entidad estatal, afirmando:

“En nuestro criterio, a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, no cabe duda de que las entidades estatales cuentan con competencia legal para la imposición de las multas de apremio contractual que libremente se hayan pactado entre las partes en un contrato estatal, con independencia de que los extremos de la relación estén constituidos por entidades públicas”²⁵

Se tiene entonces que frente a la aplicabilidad de las multas en los contratos interadministrativos, surge una problemática interpretativa, en el que la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo establece que las multas son una potestad excepcional de la administración, y con lo cual, negocios jurídicos como el contrato interadministrativo, si bien se pueden pactar estas cláusulas, no habría lugar a su directa aplicabilidad.

Sin embargo, la doctrina no es pacífica con relación a si: i) las multas son una facultad excepcional de la administración, ii) el contrato interadministrativo se desarrolla de conformidad con el derecho privado, y, en definitiva, iii) la

²⁵ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS Editores S.A., 2014. p. 314.

prohibición de la aplicabilidad de las multas por parte de la administración se extiende a este tipo de negocio jurídico.

1.2. Las cláusulas excepcionales en el convenio interadministrativo y en el contrato interadministrativo

La concreción de las distintas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias con relación a la autorización o restricción de la aplicabilidad de las multas pactadas en el marco de un contrato interadministrativo, debe responder en primer lugar al criterio de escisión de esta potestad unilateral de los convenios interadministrativos, cuestión que a su vez implica referenciar las posturas que equiparan los conceptos de “contrato” y “convenio” interadministrativo, así como los que lo diferencian.

1.2.1. Las denominadas cláusulas excepcionales como conceptos ajenos a la naturaleza del convenio interadministrativo

En este aparte se establecerá la capacidad negocial y de cooperación de las entidades públicas, así como las posturas de la doctrina y jurisprudencia con relación a la cláusula de multas en el contrato interadministrativo, y el establecimiento de la garantía de cumplimiento en el convenio.

1.2.1.1. La capacidad negocial y de cooperación de las entidades públicas

SANTOS RODRÍGUEZ²⁶ refiere que entre dependencias u órganos de una entidad estatal con capacidad de contratación pueden formarse relaciones

²⁶SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. En: Revista digital de Derecho Administrativo [en línea]. no. 8 (jul, 2008) <[http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20)>

jurídicas, sin embargo en razón de las relaciones interorgánicas, esas relaciones negociales que surgen entre esas dependencias en realidad son acuerdos interorgánicos que nunca alcanzarán la categoría de convenios interadministrativos en razón a que su alcance jurídico es interno. Así las cosas, debe colegirse que los convenios interadministrativo se dan entre dos personas jurídicas públicas diferentes o entre el órgano de una persona jurídica pública y otro órgano de otra persona jurídica pública. Esta posición doctrinal permite cuestionarse si entre dos órganos de una misma persona jurídica, como es el caso de los Ministerios se constituiría un convenio interadministrativo, lo cual en principio sería plausible en el marco de una cooperación interinstitucional.

Esta relación entre entidades administrativas no está regulada en el Estatuto General de Contratación Pública, ya que *“no regula los acuerdos de voluntades en que intervengan entidades estatales que tengan finalidades diferentes a su aprovisionamiento de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades”*²⁷, siendo de este modo que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 regula la asociación entre entidades estatales para el cumplimiento de sus funciones, así:

“Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal”.

[20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Enrique%20Santos%20Rodr%C3%83%C2%ADquez.pdf](#) >. [consultado el 28 de mayo de 2014]. ISSN: 2145-2946. p. 10.

²⁷ SUÁREZ BELTRÁN, Op. cit. p. 271.

A su vez, el Consejo de Estado concibe esta figura como: *“formas de gestión conjunta de competencias administrativas que asumen el ropaje del negocio jurídico y, al hacerlo, regulan intereses que aunque coincidentes son perfectamente delimitables, por tanto se trata de relaciones en la que mínimo participan dos partes”*²⁸. Adicionalmente, la Ata Corporación²⁹ refiere que i) involucran prestaciones patrimoniales, ii) asumiendo idéntica naturaleza obligatoria, y iii) idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial, en virtud del artículo 864 del Código de Comercio.

Por su parte, SUÁREZ BELTRAN asevera que se refieren a *“los acuerdos de voluntades celebrados entre entidades estatales que tienen como finalidad la asociación entre estas para el logro de los cometidos para los cuales fueron creadas”*³⁰, y para SANTOS RODRÍGUEZ *“es el negocio jurídico bilateral de la administración en virtud del cual ésta se vincula con otra persona jurídica pública o con una persona jurídica o natural privada para alcanzar fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas, fines que, como es obvio, siempre deberán coincidir con el interés general”*³¹.

Así mismo, CHÁVEZ MARÍN³² sostiene que los convenios interadministrativos se distinguen de los contratos interadministrativos porque éstos últimos no tienen como objeto la realización común de intereses compartidos, sino el logro de fines estatales de alguna de las partes.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicado No.: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860).

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ SUÁREZ BELTRÁN, Op. cit. p. 272.

³¹ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 7

³² CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. 1ª ed. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2008. p. 140 y 141.

Por su parte, BLANCO R.³³ señala que son elementos característicos del convenio administrativo: i) la creación de obligaciones, las cuales sólo pueden invalidarse o modificarse por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, advirtiendo que si una de las partes no cumple con sus obligaciones, estará obligada a responder por ello, salvo que la causa del incumplimiento tenga justificación válida; ii) la integración, la cual encuentra concreción en los artículos 1603 del C. Civ. y en el 871 del Co. co., en los que hacen parte los contratos o convenios a título de obligaciones y derechos, al lado de aquello que las partes acordaron expresamente, es decir, todo lo que emerja de la Ley, la buena fe, costumbre y equidad, como elementos que adicionan el contenido y los efectos del respectivo negocio jurídico.

Se colige así que, en virtud del convenio interadministrativo, surgen obligaciones, que ante su incumplimiento generan la responsabilidad de la parte interviniente en el mismo, a menos que se configure una causal justificativa de su conducta. Sobre la naturaleza de las obligaciones contentivas del convenio interadministrativo, SUÁREZ BELTRÁN refiere que *“son de colaboración, lo que implica que cada entidad participante asuma y ejecute actividades concordantes con sus funciones, pero dirigidas a la obtención del fin común perseguido”*³⁴.

1.2.1.2. Las cláusulas excepcionales en el convenio interadministrativo

Entonces, se observa que dentro de la ejecución del convenio interadministrativo puede surgir el incumplimiento de una de las partes dentro de esta relación de colaboración, con lo que surge la inquietud con relación a los mecanismos con los que cuenta la administración para salvaguardar el interés general y el cumplimiento de los fines propios del convenio. Sea del caso establecer que las cláusulas excepcionales, por expresa disposición del artículo 14 de la Ley 80 de

³³ VICENTE BLANCO, José. Más sobre contratos y convenios interadministrativos [en línea]. <<http://contratacionestatal.blogspot.com/2010/08/mas-sobre-contratos-y-convenios.html>> [consultado el 20 de mayo de 2014].

³⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Op. cit. p. 139.

1993 no pueden pactarse en este tipo de relaciones jurídicas, por lo que el Consejo de Estado aduce que *“la prohibición obedece, en veces, al interés que se pretende amparar, al plano de igualdad entre los sujetos co-contratantes (convenios interadministrativos) o porque materialmente resulta imposible incluirlas, dados los efectos jurídicos que envuelve el ejercicio de dicha cláusula excepcional”*³⁵. Así mismo, SANTOS RODRÍGUEZ precisa que la exclusión de estas cláusulas tanto en los convenios como en los contratos interadministrativos obedece *“al hecho de que las partes, y con ello sus intereses, se encuentran en pie de igualdad, de tal manera que si se verifica la existencia de desigualdad entre los fines e intereses inmediatos de las dos administraciones públicas, es evidente que no deberá prescindirse de las cláusulas excepcionales, sino permitir su aplicación a la administración que encarna más directamente el interés general”*³⁶. Este criterio de *“igualdad”* entre los intereses inmediatos de las partes intervinientes en el mencionado convenio, resulta ser el punto determinante para la justificación de la expresa prohibición legal para el pacto de estas facultades excepcionales en esta relación jurídica de cooperación, siendo entonces la desigualdad o mejor, contraposición de intereses entre las entidades públicas el aspecto que diferenciaría esta figura del denominado contrato interadministrativo.

De igual forma, en las denominadas por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia del Consejo de Estado *“potestades exorbitantes o excepcionales”* de la administración, tales como la liquidación unilateral, la imposición de la cláusula penal o de multas, SANTOS RODRÍGUEZ³⁷ refiere en primer lugar que en la medida en que se trata de una prohibición, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 debe ser interpretado en sentido restrictivo, estando limitado sólo a las situaciones reguladas por dicha norma; por lo que la prohibición de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos sólo se refieren a la terminación, interpretación y modificación unilaterales y

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

³⁶ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 20.

³⁷ *Ibíd.* p.20 y 21.

caducidad, sin extenderse a otros poderes como la liquidación unilateral, siendo expresamente este criterio contrario a lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2004, que al referirse a la liquidación unilateral en los contratos interadministrativos consideró:

“Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista”³⁸ (subrayado fuera del texto).

Esta concepción de la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo también es extensiva a los convenios interadministrativos, por cuanto como se vio con antelación, ambas partes intervinientes en esta relación jurídica de colaboración se encuentran en pie de igualdad, siendo entonces que el carácter indirecto de la regulación del párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 , impide que en este evento una de las partes del convenio ejerza sobre la otra dichas potestades unilaterales no dispuestas expresamente en la norma citada, situación que no sólo es predicable de la liquidación unilateral, sino que también es del resorte de las multas en las cuales la administración pretenda su imposición.

A su vez, SUÁREZ BELTRÁN³⁹ refiriéndose a la sentencia del Consejo de Estado⁴⁰ del 23 de septiembre de 2009, anteriormente citada, alega que lo indicado por la Alta Corporación en dicha providencia, puede ser razonable en

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 10 de mayo de 2004. Radicado No.: 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154).

³⁹ SUÁREZ BELTRAN. Op. cit. p. 314.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

presencia de los convenios interadministrativos, por cuanto en este caso la finalidad del acto jurídico no es la de un contrato en la que se recibe una prestación a cambio de un pago, sino la de unir esfuerzos, lo que hace que la relación no se enmarque en la Ley 80 de 1993, sino en los cometidos constitucionales de colaboración y en lo dispuesto en la Ley 489 de 1998; siendo esta posición aunque coincidente en la imposibilidad de la imposición de las multas en el convenio interadministrativo, difiere su argumentación, en tanto que el Consejo de Estado aduce que esto se debe a los criterios de i) igualdad entre las entidades que participan del convenio, ii) la regulación indirecta del párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en cuanto a las potestades excepcionales no dispuestas expresamente en la norma, y iii) a que la Ley 1150 de 2007 no previó en su artículo 17 que la facultad de la imposición unilateral de las multas se extendiera a los contratos interadministrativos, interpretación extensiva a los convenios, bajo la tesis de la concepción indistinta de estas dos figuras como se advertirá más adelante.

Se tiene entonces que SUÁREZ BELTRÁN desarrolla su criterio bajo el principio de legalidad, señalando que la imposición de las multas no tienen cabida en los convenios interadministrativos, por cuanto esta relación de colaboración entre entidades u organismos de la administración no se encuentran reguladas por la Ley 80 de 1993, sino por la Ley 489 de 1998, siendo esta posición diferente de la anteriormente expuesta por SANTOS RODRÍGUEZ, que justifica el ejercicio de facultades unilaterales de la administración en el convenio interadministrativo, considerando que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 al establecer una prohibición, debe interpretarse de forma restrictiva, sin que haya lugar a entender que regula potestades que no están expresamente dispuestas en la norma. Sin embargo, el criterio tanto de SUÁREZ BELTRÁN como de SANTOS RODRÍGUEZ será coincidente en tratándose del contrato interadministrativo, lo cual se desarrollará más adelante.

1.2.1.3. La garantía de cumplimiento en los convenios interadministrativos

Finalmente, con relación a la garantía de cumplimiento en los convenios interadministrativos, que el inciso 5º del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 preceptúa que *“las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”*, luego, en principio se colige que la exigibilidad de la garantía será potestativa de la administración, entre otros, en los contratos interadministrativos, sin que se pueda predicar esta facultad en los mencionados convenios.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado estableció:

“En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, “convenios interadministrativos”, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.

Así, el principal efecto de los “convenios interadministrativos”, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales”⁴¹ (subrayado fuera del texto).

Bajo esta perspectiva, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo⁴², se refirió indistintamente a los contratos y convenios interadministrativos, señalando que estas figuras jurídicas tienen como características principales que: a) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Op. cit.

⁴² Ibíd.

cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, b) tienen por fuente la autonomía contractual, c) son contratos nominados, d) son atípicos, e) la normatividad a la cual se sujetan en principio es el EGCAP, en atención a que los mismos son celebrados por entidades estatales, f) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles, g) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre entidades vinculadas y h) las diferencias sobre el particular se ventilan a través de la acción (hoy medio de control) de controversias contractuales.

Se tiene entonces que, desde esta tesis, es plausible concebir la necesidad de que las entidades contratantes exijan en esta relación jurídica, la constitución de la garantía de cumplimiento, por lo que autores como GARCÍA, refiriéndose a la citada providencia sostienen que esta claridad hecha por la alta Corte, *“abre entonces el debate necesario y la posibilidad de ver en el convenio interadministrativo un escenario conveniente para la exigencia de garantías, en igualdad de condiciones con los contratos, dando mayor relevancia a los principios constitucionales y el orden público como bien jurídico a salvaguardar”*⁴³.

1.2.2. ¿Son los convenios interadministrativos sinónimos de los contratos interadministrativos?

Así las cosas, tanto GARCÍA como la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, no sólo equiparan los efectos de la garantía de cumplimiento entre los convenios y contratos interadministrativos, sino que conciben estas dos figuras indistintamente, compartiendo un mismo ordenamiento jurídico, esto es, el EGCAP, siendo un criterio distinto al de SUÁREZ BELTRÁN, que como se

⁴³ GARCÍA GÓMEZ, Armando. Conveniencia de la exigibilidad de garantías de cumplimiento en los convenios interadministrativos. Bogotá, 2011, 20 h. Trabajo de postgrado (especialización en contratación estatal). Universidad de la Sabana. Instituto de Postrados Fórum.

observó con anterioridad, exceptúa a los convenios interadministrativos del régimen general de contratación pública.

Ahora, esta problemática de distinción o semejanza entre los contratos y convenios interadministrativos se extiende también a la legislación de contratación pública, toda vez que como lo advirtió SUÁREZ BELTRÁN⁴⁴, el artículo 1º de la Ley 80 de 1993 estipula que el objeto de la norma es disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, por lo que los *convenios* interadministrativos no están regulados en dicha Ley. Así mismo el literal c), numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, expresamente estipula que la modalidad de contratación directa sólo procederá en los casos de: *“c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos”*, y así mismo el artículo 95 de la Ley 1474 que modificó el inciso 2º del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 preceptuó: *“En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”*.

Es claro que, de conformidad con esta normatividad, el legislador no concibe indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, diferenciándolos en cuanto a su aplicabilidad en la contratación directa, lo que revalidaría la posición según la cual a los convenios interadministrativos se rigen por la Ley 489 de 1998 y no tiene cabida su regulación en el EGCAP, sin embargo, el Decreto 1510 de 2013 en su artículo 76 preceptúa:

⁴⁴ SUÁREZ BENTRAN. Op. cit. p. 139.

“Artículo 76. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una entidad estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las entidades estatales (subrayado fuera del texto).

Si bien la norma refiere que la modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa, el segundo inciso del referido artículo, menciona de manera indistinta a los contratos y convenios administrativos para establecer la capacidad contractual de las entidades estatales. Al respecto GÓMEZ LEE al efectuar una interpretación de esta normativa, señala que esta es una *“disposición que incluye de manera expresa a los convenios interadministrativos dentro de la causal de contratación directa”*⁴⁵.

El tratamiento indistinto entre contratos y convenios interadministrativos, como se advirtió con antelación, equipararía los efectos jurídicos de situaciones particulares en este tipo de relaciones jurídicas, entre ellas, el pacto e imposición de las multas, afirmando sin lugar a dudas la imposibilidad de la administración para ejercer esta potestad cuando otra entidad pública sea el otro interviniente o contratista en estos negocios jurídicos, bien sea adoptando las razones expuestas por la doctrina para ello o por la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante lo anterior, no hay que pasar por alto la regulación propia de la Ley 489 de 1998 sobre el tema y la posición de los autores en la materia que sostienen y justifican la diferenciación tanto del *“convenio* como del *“contrato”* entre entidades públicas, lo que necesariamente conllevaría a una concepción distinta de las multas en ambos escenarios, y al tratamiento que se le daría a la

⁴⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la Contratación Pública en Colombia: análisis y comentarios del decreto 1510 de 2013. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS, 2013. p. 69.

garantía de cumplimiento para salvaguardar la efectividad de este mecanismo conminatorio.

1.2.3. El contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo como conceptos diferentes

Como se observó con anterioridad, el tema de la diferenciación entre “*contratos*” y “*convenios*” interadministrativos no ha sido pacífico entre la doctrina y la jurisprudencia, lo que equivale a su vez que se equiparen efectos jurídicos entre estas dos figuras, por ejemplo con relación al pacto e imposición de las multas. Ya se hizo una revisión de la posición que concibe la semejanza entre estos dos conceptos, ahora, es menester dar cuenta de la posición que justifica su diferencia.

ESCOLA refiere que “*en el convenio de la administración, la vinculación jurídica entre las partes se da con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes*”⁴⁶, por su parte BLANCO R. sostiene que los convenios interadministrativos “*constituyen una especie dentro del género de los convenios de colaboración, pues mientras los primeros se celebran con la participación exclusiva de entidades estatales, en los segundos también pueden intervenir los particulares y que los contratos interadministrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos estatales*”⁴⁷. SANTOS RODRÍGUEZ⁴⁸ señala que el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales, mientras que el contrato interadministrativo si bien

⁴⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos, t.1, Parte general. Buenos Aires: Desalma, 1977. p. 310.

⁴⁷ VICENTE BLANCO, José. La diferencia entre contratos y convenios [en línea]. Disponible en: < <http://contratacionestatal.blogspot.com/2006/04/la-diferencia-entre-contratos-y.html> > [consultado el 23 de octubre de 2014].

⁴⁸ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 10.

también es celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, tiene como particularidad que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversos intereses, en el cual se identifica un contratante y un contratista, siendo el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado similar a como lo hace el particular.

Por su parte, SUÁREZ BELTRÁN⁴⁹ establece los criterios de semejanza y distinción entre los contratos y los convenios interadministrativos así:

- a) Ambas figuras implican la existencia del vínculo nacido del acto jurídico que se entiende como una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos.
- b) Ambos son expresiones de la voluntad de colaboración que atañe a los entes públicos, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 113 y 209 de la Constitución Nacional, como en el desarrollo conceptual de la ley 489 de 1998, por lo que ambos garantizan el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a las entidades involucradas y al logro de los cometidos estatales.
- c) La capacidad jurídica para celebrar ambos actos jurídicos estará enmarcada dentro del ámbito de las funciones atribuidas a cada una de las entidades que deseen vincularse.
- d) En ambos casos surgen obligaciones, pero con propósito diferente, ya que en los convenios se busca confluir el propósito común relacionado con las funciones de las entidades participantes, mientras que en los contratos se tratan de obligaciones que expresan posiciones contrapuestas y un interés jurídico diferente. En el convenio el beneficiario es un *bien común* y en el contrato es el *interés* de cada una de las partes

⁴⁹ SUÁREZ BELTRÁN. Op. cit. p. 139 y 140.

que en el caso del contratante será allegar los elementos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y en el caso del contratista, recibir el precio o prestación convenida.

- e) Los contratos interadministrativos se encuentran desarrollados en la Ley 80 de 1993, mientras que los convenios interadministrativos tienen su desarrollo en la Ley 489 de 1998.
- f) En los convenios las obligaciones que se generen son de *colaboración*, implicando que cada entidad participante y asuma actividades concordantes con sus funciones, pero dirigidas a la obtención del fin común perseguido, mientras que en el contrato se generan obligaciones enmarcadas en la conmutatividad propia de los contratos estatales, teniendo por objeto bienes, servicios y obras enmarcados dentro de cualquier modalidad contractual que se acuerde, tal y como pudiera ocurrir con el particular contratista, por lo que es en relación con ellos que opera no sólo la causal de contratación directa, sino el conjunto el Estatuto General de Contratación, salvo por las excepciones expresas que se han establecido atendiendo al hecho de quien funge como contratista en una entidad del Estado.

Así mismo, BLANCO R.⁵⁰ colige que se diferencian estos dos conceptos, en tanto que: a) en el contrato existen prestaciones recíprocas, mientras que en el convenio son objetivos comunes; b) en el contrato el Estado garantiza las utilidades al contratista, mientras que en el convenio no existe ese tipo de garantía puesto que ninguna de las partes está recibiendo una remuneración por la labor desarrollada; c) en el contrato se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual, mientras que en el convenio no existe tal posibilidad, puesto que ninguna de las partes presta un servicio a la otra, ni existe una remuneración por el servicio prestado, excluyendo la posibilidad de ruptura del equilibrio económico financiero del contrato; y d) los convenios no se rigen por el

⁵⁰ BLANCO R. Op. cit.

Estatuto General de la Contratación Estatal, pues no tienen una naturaleza contractual.

Se observa entonces que tanto SUÁREZ BELTRÁN, como BLANCO R., identifican como criterio diferenciador entre los contratos y convenios interadministrativos, la persecución de un objetivo común y el desarrollo de intereses contrapuestos, lo que se identifica para BLANCO R. como prestaciones recíprocas en el contrato y ausentes en el convenio, la aplicabilidad de la institución del equilibrio contractual, y en definitiva que los convenios no se rijan por el EGCAP, y para SUÁREZ BELTRÁN asimilando los convenios con las obligaciones de colaboración y a los contratos como obligaciones conmutativas.

1.3. El debate a resolver: la aplicabilidad de las multas en los contratos interadministrativos

En consecuencia con lo establecido con antelación, si no hay lugar a equiparar los “*contratos*” y “*convenios*” interadministrativos, tampoco se puede equiparar el tratamiento jurídico del ejercicio de potestades unilaterales de la entidad pública en la ejecución de estos negocios jurídicos, y particularmente con referencia a la aplicabilidad de las multas. Como se observó, en principio no hay posibilidad de que en el desarrollo de un convenio interadministrativo, una de las entidades públicas que participan en esta relación aplique mecanismos conminatorios sobre la otra, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones de colaboración y a la persecución del interés común propias de esta figura, sin que con ello se pueda desconocer que en este tipo de relaciones entre entidades públicas persista el incumplimiento de esta obligaciones, con lo que se podría justificar la necesidad de indagar por las posibilidades en el ordenamiento jurídico con que cuentan las afectadas para salvaguardar el objetivo del convenio de forma directa, o si por el contrario sólo ante la jurisdicción competente pueda ampararse este tipo de pretensiones, o buscar la indemnización o reparación por las pérdidas económicas causadas por dicho incumplimiento, sin embargo este

no es el objeto de la presente investigación, ya que el mismo se centra en los contratos interadministrativos, es decir, en esos negocios jurídicos en los cuales las obligaciones son conmutativas y los intereses que persiguen ambas entidades son distintos, y en la posibilidad de que en este escenario la entidad pública con calidad de contratante, pueda conminar a la entidad contratista para el cumplimiento de sus obligaciones, directamente, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para la declaración del incumplimiento parcial, garantizando así la efectiva ejecución del contrato estatal, sin que signifique la paralización del mismo.

En este orden de ideas, se pone en cuestionamiento si la entidad contratante tiene la potestad para imponer multas a la entidad contratista en el desarrollo de un contrato interadministrativo, situación que ha sido debatida tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como por la doctrina.

En principio, el Consejo de Estado describe indistintamente a los contratos y convenios interadministrativos, lo que incidirá en su posición respecto al tema, y por otro lado se tiene la perspectiva de un sector de la doctrina, que reconociendo la diferencia entre los “*convenios*” y los “*contratos*” entre las entidades públicas, idean otra concepción con relación a esta facultad; y además incide en la problemática la reciente regulación reglamentaria en contratación estatal, posterior a la jurisprudencia referida de la jurisdicción de la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo, como lo es la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1510 de 2013, introduciendo nuevos elementos a la discusión.

En desarrollo de lo anteriormente establecido, el Consejo de Estado⁵¹ en punto a la posibilidad de la imposición de multas en los contratos interadministrativos, dispuso en primer lugar que cuando las dos partes representan al Estado, la Ley

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

80 de 1993 en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas excepcionales en tratándose de contratos interadministrativos, y aun cuando reconozca que la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, sostiene que ninguna de las partes está facultada para imponerla unilateralmente mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre viciado por incompetencia, dado que en el caso objeto de estudio por la Corporación, el régimen jurídico que gobernó el contrato era de derecho privado, y éste no consagra competencia alguna para entidades del Estado impongan multas mediante acto administrativo unilateral, y la Ley 80 de 1993 vigente para la época en la que se celebró el contrato del caso concreto tampoco consagraba la facultad de las entidades públicas para imponer unilateralmente multas, advirtiendo además que con la Ley 1150 de 2007 si se encuentra prevista la competencia de la Administración para imponer multas, pero no en los contratos interadministrativos.

A su vez, puntualiza⁵² que en estos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo que aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes puede ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello, en razón a que las competencias provienen de la ley y no del pacto contractual.

⁵² *Ibíd.*

Sumado a esta posición, se tiene lo ya reseñado en la aclaración de voto del Magistrado Enrique Gil Botero⁵³ a esta providencia y el concepto 2157 de 2013⁵⁴ proferido también por la Alta Corporación que le dan naturaleza a las cláusulas de multas como excepcionales, dando entonces los efectos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para que no se pueda dar aplicabilidad a la cláusula de multas en los contratos interadministrativos.

Como disidencia al criterio jurisprudencial, SUÁREZ BELTRÁN⁵⁵ señala que: i) el Consejo de Estado olvida que las multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, no se encuentran en la enumeración taxativa del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; ii) a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007 (artículo 17), no cabe duda de que las entidades estatales cuentan con competencia legal para imponer multas de apremio contractual, que libremente se hayan pactado en un contrato estatal, independientemente que los extremos de la relación sean entidades públicas; iii) El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no contiene excepción alguna de la que pueda interpretarse que las multas de apremio contractual en un contrato interadministrativo no puedan hacerse efectivas por las entidades públicas que las pacten; iv) El criterio del Consejo de Estado podría equipararse a los convenios interadministrativos; y v) aceptar la tesis de la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo implicaría cuestionar el principio general al *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 1602 del Código Civil, y que es uno de los fundamentos del contrato estatal.

A su vez, RODRÍGUEZ TAMAYO⁵⁶ oponiéndose a la posición del Consejo de Estado que negó la posibilidad a las entidades estatales para pactar e imponer

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Consejo de Estado. C.P. Dr. Álvaro Namen Vargas. Op. cit.

⁵⁵ SUÁREZ BELTRÁN. Op. cit. p. 313 a 315.

⁵⁶ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. LA ACCION EJECUTIVA ANTE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA. 4ª edición. Medellín.: Librería jurídica Sánchez R. LTDA. p. 199 y 200.

multas a su contratista, aún en los contratos sujetos al derecho privado; afirmó que dicho criterio limita en gran medida el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad que le es propio a la administración, pues a diferencia de las relaciones contractuales públicas, la contratación de los particulares si los habilita para pactar e imponer multas en un contrato privado.

Para justificar esta posición, el autor refiere la Sentencia del 20 de septiembre de 2005, proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Silvio Trejos Bueno⁵⁷, el cual tuvo como objeto resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la sociedad Servicios Técnicos de Alimentación Masiva y Compañía Limitada “Tecnialimentos Ltda., en contra de ECOPETROL, exigiendo la indemnización de perjuicios por causa de la terminación unilateral del contrato de suministro celebrado entre las partes, el cual estaba regido por el derecho privado.

Siguiendo con esta providencia, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Del conjunto de la prueba recaudada fluye incuestionable que desde el mismo día de su iniciación, 16 de octubre de 1991, ese contrato estuvo signado por el incumplimiento por parte de la sociedad contratista de varias de sus obligaciones, tanto que Ecopetrol, en ejercicio de las atribuciones conferidas en él le impuso numerosas multas (...)

Esas multas no fueron cuestionadas en su momento por la contratista; antes, por el contrario, fueron aceptadas expresamente por ella, tanto que en la introducción y descripción del acta de la reunión llevada a cabo entre las partes el 28 de noviembre de 1991 se hizo alusión a ellas, sin que se haya consignado en tal documento ninguna clase de reproche, ni que haya dado respuesta a las comunicaciones contenidas en los documentos atrás relacionados por sus fechas.

(...)

Vista la anterior secuencia fáctica, estima la Sala que, ciertamente, la decisión adoptada por la sociedad contratante el 1° de diciembre de 1991 de dar por terminado el contrato de suministro por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el depósito de dinero, la garantía bancaria y

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Casación Civil. C.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 20 de septiembre de 2005. Referencia: Expediente No. 04837-01.

el reajuste del impuesto de timbre tiene pleno respaldo legal y no constituye un exceso de su parte ni hubo restricción del plazo concedido. Esto por cuanto es evidente que tales compromisos tenían que cumplirse entre el 29 y el 30 de noviembre de 1991, como con claridad se consignó en el texto del acta de 28 de noviembre. A lo expuesto debe añadirse el incumplimiento de las obligaciones que originaron las multas y que tampoco se corrigieron”⁵⁸.

Desde esta perspectiva, RODRÍGUEZ TAMAYO se cuestiona que si *“los particulares pueden en un plano de igualdad pactar e imponerse multas en sus contratos contractuales ¿cuál es la razón jurídica para negarle ese derecho a la administración, en contratos sujetos a las reglas del derecho privado?”⁵⁹*, y acto seguido afirma que *“la autonomía de la voluntad, si puede ser fuente de creación de este tipo de sanciones a particulares, incluso, respecto a las entidades públicas en presencia de contratos suscritos por ellas y a los cuales se les aplique el derecho privado”⁶⁰.*

Como una posición intermedia a las anteriormente expuestas, BUITRAGO VARGAS⁶¹ advierte que la Ley 80 de 1993 no consagró la cláusula penal y las multas como cláusulas excepcionales o exorbitantes, despojándolas de dicho carácter que se había estipulado en el Decreto 222 de 1983, razón por la cual al no tener dicha catalogación no se constituyen como normas de orden público y por ende no revisten el carácter de irrenunciables, imprescriptivas, inalienables, intrasmisibles, sin que se pueda admitir que el fundamento de la conducta sancionable esté implícitamente en la Ley, pero sólo siendo aplicables si fueron pactadas en el contrato. Entonces a criterio del autor estas cláusulas no son excepcionales, ni potestades sancionatorias, en la medida en que en ambos casos requieren de regulación legal expresa, por lo que no hay lugar a entender

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Casación Civil. C.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Op. cit.

⁵⁹ RODRÍGUEZ TAMAYO. Op. cit. p. 200.

⁶⁰ *Ibid.* p. 200.

⁶¹ BUITRAGO VARGAS, Yohan Manuel. Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Bogotá D.C., 2014. 95 h. Trabajo de grado (Magister en Derecho). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. p. 73 a 78

que la imposición de las multas sean poderes extracontractuales de las entidades estatales para velar por el interés público, y que sólo puedan ser disponibles por las partes contratantes operando si fueron pactadas.

Así mismo, SUÁREZ TAMAYO⁶² aporta un punto a la discusión no menos importante, en cuanto a la imposición de las multas por parte de entidades públicas que no se encuentran sometidas al régimen del Estatuto General de la Contratación Pública, en efecto el autor sostiene que estas entidades a las cuales le es aplicable el régimen de derecho privado, no tienen competencia para imponer de manera directa y unilateral las multas pactadas en el contrato estatal, ya que de lo contrario vulnerarían las normas imperativas y de orden público, siendo actuaciones que acarrearían su nulidad, y constituyendo para los servidores públicos que las ejercen, tanto faltas disciplinarias como infracciones de tipo penal en tratándose del delito de prevaricato.

La posición sustentada por el doctrinante se basa en la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado⁶³, según la cual si bien en los contratos de la administración regidos por el derecho privado, las partes pueden pactar la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones 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 parcial o totalmente el incumplimiento del contrato, e imponer y hacer efectiva una sanción mediante un acto administrativo, pues tales potestades excepcionales no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales. Esta postura, como se vio con antelación, se hace extensible también a los contratos interadministrativos, independientemente del régimen aplicable a las partes en el negocio jurídico, pues persiste en la posición jurisprudencial tanto la equiparación de los conceptos de “*convenio interadministrativo*” y “*contrato interadministrativo*”, así

⁶² SUÁREZ TAMAYO. Op. cit. p. 227 y 228.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Op. cit.

como de la asimilación de este negocio jurídico como una relación jurídica entre particulares, en la que ninguno de ellos ostenta una facultad potestativa sobre el otro, y teniendo en cuenta además la posición sobre el carácter excepcional de esta cláusula, cuya aplicación en este tipo de contratos estaría prohibida, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2. LA FACULTAD LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA IMPONER LAS MULTAS PACTADAS A LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATISTA EN EL RÉGIMEN PÚBLICO, Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA PRERROGATIVA EN EL DERECHO PRIVADO

En este acápite se precisará el concepto de “multa”, esto es, su naturaleza, los requisitos para su aplicabilidad y el procedimiento para su imposición. El mismo análisis se hará con el término de “contrato interadministrativo”, estableciendo su régimen y las facultades de las partes para su ejecución.

Por otra parte se debatirá si la potestad de la entidad contratante en la imposición de la multa en la ejecución de un contrato interadministrativo, es contrario al principio de unidad del Estado.

2.1. La multa en la contratación administrativa, naturaleza, requisitos para su aplicabilidad y procedimiento para su imposición

Es pertinente precisar si el concepto de multa se entiende como una “facultad excepcional” o como una “cláusula excepcional”, para lo cual se hará una descripción de la evolución histórica de la concepción de las multas en el contrato estatal a través del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Así mismo, se concretará el procedimiento escrito en la Ley 1474 de 2011 por el cual se imponen las multas contractuales, refiriendo los aspectos relevantes del mismo.

2.1.1. Evolución histórica de la concepción de las multas en el contrato estatal, ¿son una facultad o cláusula excepcional?

Sea lo primero advertir que las multas en el marco de la contratación pública tienen una naturaleza conminatoria, es decir, a diferencia de la cláusula penal pecuniaria, lo que buscan es asegurar el cumplimiento del contrato estatal, apremiando al contratista mediante la aplicación de este mecanismo. Ahora, como concepto, el término “*multa*”, fue definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Las multas son sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado, por lo cual se distinguen nítidamente de las contribuciones fiscales y parafiscales, pues estas últimas son consecuencia del poder impositivo del Estado. Esta diferencia de naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas se articula a la diversidad de finalidades de las mismas. Así, una multa se establece con el fin de prevenir un comportamiento considerado indeseable, mientras que una contribución es un medio para financiar los gastos del Estado”⁶⁴.

En materia de la contratación estatal, el Consejo de Estado definió los distintos tipos de sanciones de las cuales puede hacer uso del contratista, distinguiendo estos tipos: “(i) *pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas*”⁶⁵.

⁶⁴ CORTE COSTITUCIONAL. M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C- 134/09. 22 de octubre de 2012. Expediente. No.: D-7371.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Consejo de Estado. C.P. Dr. Álvaro Namen Vargas. Op. cit.

En el mismo concepto, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo describió que las multas tenían una finalidad de *“constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos”*⁶⁶. Este criterio es concordante con la posición de RODRÍGUEZ TAMAYO que las define como *“una previsión contractual dirigida a apremiar al deudor de una prestación para que la cumpla por la vía de las sanciones pecuniarias. Su pacto se funda en el principio de la autonomía de la voluntad del derecho privado”*⁶⁷.

Evidentemente, las multas se constituyen como una facultad para exigir el cumplimiento del contrato estatal, desempeñando una función sancionatoria de naturaleza coercitiva o compulsoria, durante la ejecución del contrato y antes de su finalización, diferenciándose así de la cláusula penal y la declaratoria de caducidad. Sin embargo, la naturaleza potestativa de su pacto y el papel de la entidad pública contratante frente a su imposición, ha tenido una evolución jurisprudencial, a la par de un desarrollo normativo, que se circunscribió en cuatro etapas: i) en la vigencia del Decreto 222 de 1983, ii) en la Ley 80 de 1993, iii) a partir de la Ley 1150 de 2007 y iv) en la concepción de la Ley 1474 de 2011, así como en su reglamento en el Decreto 1510 de 2013, las cuales se desarrollarán como sigue a continuación.

2.1.2. La concepción de las multas en el Decreto 222 de 1983

Sea lo primero colegir que inicialmente en el Decreto 150 de 1976 *“por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”*, dispuso en su artículo 47 lo siguiente:

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ RODRÍGUEZ TAMAYO. *Óp. cit.* p. 369

“CLAUSULAS OBLIGATORIAS. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos.

Salvo disposición en contrario, en todo contrato celebrado por la Nación, se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática.

Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato”.

Este criterio fue retomado por el Decreto 222 de 1983 *“por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*, estableció en su artículo 71:

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

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

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”.

Evidentemente la norma incluía a las multas como una facultad excepcional de la administración, siendo de obligatoria inclusión en el contrato estatal, y regulando su imposición. En términos de PALACIO HINCAPIE, refiriéndose al Decreto citado, se concluyen tres aspectos importantes:

- a) *“Que la facultad para estipular las multas en los contratos administrativos la ha señalado la Ley.*
- b) *Que el poder de imponerlas directamente la Entidad al contratista, lo confiere igualmente la Ley.*

c) Que las multas se imponen para sancionar la mora del contratista o el incumplimiento parcial de las obligaciones que se hayan estipulado en los pliegos de condiciones y en el contrato”⁶⁸.

A su vez, el Consejo de Estado, al establecer la evolución jurisprudencial de la aplicabilidad de las multas, con relación a lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983, refirió que *“con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo”⁶⁹.*

2.1.3. El tratamiento de las multas a partir de la Ley 80 de 1993

El Estatuto General de la Contratación Pública, significó un cambio importante en la concepción de las multas, ya que no se incluyeron como parte del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que contemplaba el listado de las cláusulas excepcionales de la administración. Sin embargo, esto no era óbice para pactarlas, ya que el artículo 40 de la norma refiere:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean

⁶⁸ PALACIO HINCAPIE. Op. cit. p. 525.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”.

Así, en términos de PALACIO HINCAPIÉ, refiriéndose al artículo 14 *Ibídem*, “*el vacío de la norma, no impide la estipulación de las multas ni la cláusula penal en los contratos estatales, pues el contenido de los contratos se rige por las reglas de la autonomía de la voluntad*”. Sin embargo, la problemática giraba en torno, no se del pacto, sino de la imposición unilateral por parte de la entidad contratante, a partir de lo cual, la jurisprudencia del Consejo de Estado hizo manifiestas tres teorías desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007, las cuales se definen a continuación:

1) El Consejo de Estado, en un primer escenario reconoció que la entidad pública contratante podía imponer unilateralmente las multas efectivamente pactadas en un contrato estatal, bajo la siguiente perspectiva:

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

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

(...)

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”⁷⁰.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 4 de junio de 1998. Radicado No.: 13988.

A su vez, en sentencia del 20 de junio de 2002, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo preceptuó:

“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 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.

(...)

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)”⁷¹.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 20 de junio de 2002. Radicado No.: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488).

Esta posición la mantuvo en auto del 16 de febrero de 2004⁷², afirmando que en el desarrollo de la actividad contractual, la administración puede imponer sanciones al contratista cuando este no cumple con sus obligaciones, imposición que puede incurrir incluso después del vencimiento del plazo contractual.

Referenciando esta primera etapa jurisprudencial, SUÁREZ BELTRÁN⁷³ concluye que el Consejo de Estado avaló la competencia de la administración al amparo de la Ley 80 de 1993 para imponer multas a sus contratistas, y declarar incumplimientos con el fin de hacerlas efectivas, coligiendo que el fundamento normativo que se encontró para esta postura fue tanto la Ley 80, como el Código Civil, y particularmente en lo atinente al principio de la autonomía de la voluntad privada, y que la competencia de la administración era vital para el oportuno y adecuado cumplimiento de los fines de la contratación estatal. De igual forma, GRUESO RODRÍGUEZ⁷⁴ planteó que quienes defienden esta posición, consideran que de conformidad con el EGCAP se busca en los contratos estatales la primacía del principio de autonomía de la voluntad, incluyendo todas las cláusulas requeridas para regular la relación contractual, siempre que no vayan en contra de las normas de orden público, por lo que de acuerdo a lo estipulado en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 1592 del Código Civil, siempre que medie la autonomía de la voluntad, las entidades estatales pueden incluir la cláusula penal y las multas, haciéndolas efectivas directamente, sin que medie decisión del juez.

2) Segunda postura. La imposibilidad de la administración para imponer las multas pactadas en el contrato estatal.

⁷² SUÁREZ BELTRÁN. Op cit. p. 290 y 291.

⁷³ *Ibíd.* p. 294.

⁷⁴ GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación. *En: Revista Republicana [en línea]. No. 11 (jul.-dic, 2011). < <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/Aplicacion-de-multas-y-clausula-penal.pdf#more-229>> [consultado en 23 de octubre de 2014]. ISSN: 1909 – 4450. p. 47.*

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de octubre de 2005, hizo un notorio cambio jurisprudencial afirmando lo siguiente:

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon (art. 60, Dec. 222 de 1983), establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto" y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento" y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general:

(...)

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 2002¹, 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 unilateralmente⁷⁵ (subrayado fuera del texto).

Se colige de la norma anterior, que la derogatoria del Decreto 222 de 1983 se extendió a la concepción de las cláusulas de multas y penal pecuniaria como potestades excepcionales del Estado, sin que esto quiera decir que las partes en razón de la autonomía de la voluntad no puedan pactarlas, sin embargo, lo que no puede hacer la entidad contratante es pactarla como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues dicha facultad deviene de la Ley y no del pacto contractual, siendo el juez del contrato el único autorizado para imponer la sanción de que se trate.

3) Tercera postura, la imposición de las multas, supeditadas al pacto de la cláusula de caducidad.

En términos de MORALES CASTRO⁷⁶, esta posición “*intermedia*”, consiste en que el Consejo de Estado admite que la administración pueda imponer multas previstas en su clausulado al contratista incumplido, pero sólo cuando se haya pactado la cláusula de caducidad, fundamentándose en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, deduciendo que si la administración puede sancionar al contratista hasta inhabilitarlo para contratar con el Estado e incluso finalizar el contrato por incumplimiento total, con mayor razón puede sancionar el incumplimiento parcial a través de las multas pactadas en el mismo, y declarar el incumplimiento de la cláusula penal.

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicado No.: 14579.

⁷⁶ MORALES CASTRO, Carlos Javier. Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Bogotá D.C., 2012. 180 h. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Administrativo). Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. p. 43.

En efecto, la Alta Corporación en Concepto 1748 de 2006, consideró:

“Entiende la Sala que las cláusulas penales pactadas en los contratos estatales con cláusula de caducidad, cumplen las mismas funciones que en el derecho privado, esto es precaver, regular y sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo de los contratantes, sólo que su exigibilidad debe integrarse a los actos administrativos en los que se ejerzan estas atribuciones, bien sea que se decida caducar o continuar con el contrato celebrado. Cualquiera de estas decisiones, presta mérito ejecutivo conforme al artículo 68 numeral 4 del código contencioso administrativo, ante la jurisdicción administrativa, según lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia”⁷⁷.

A contrario sensu, afirma el Consejo de Estado en este concepto que cuando la operatividad de los contratos estatales carecen de la cláusula de caducidad, esto es, en los contratos en que está prohibida la inclusión de las cláusulas excepcionales, o que siendo facultativas no se hallen en el contrato, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. *“Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares”⁷⁸.*

En este orden de ideas, la cláusula penal y de multas pactadas bajo cualquiera de estas modalidades, su exigibilidad se hará conforme a las normas del derecho privado, según el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, requiriendo al contratista, y si incumple debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Radicado No.: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

⁷⁸ *Ibíd.*

2.1.4. La concepción legal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007

Ante las diversas posiciones jurisprudenciales en tratándose de la competencia de la entidad contratante para imponer las multas previamente pactadas al contratista incumplido, el Legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 17 reguló expresamente esta facultad, en efecto, el artículo en cita dispone:

“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

Parágrafo transitorio. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

La norma referenciada dispone que en desarrollo del debido proceso y del deber de control y vigilancia, la entidad contratante tiene la facultad de imponer las multas pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones, mediante un procedimiento que garantice el debido proceso del contratista, las cuales se pueden hacer efectivas mediante mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía o

cualquier otro medio de pago incluida la jurisdicción coactiva. Además, dispone que estas facultades se entienden atribuidas respecto de las cláusulas penal pecuniaria y de multas pactadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma.

Pese a la facultad otorgada a la entidad pública, no resultaba tan claro el proceso por medio del cual la impondría multas al contratista, pues en principio el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 87 estableció que el contratante establecería en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, indicando con claridad el mecanismo que le permita al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, sin embargo el Consejo de Estado⁷⁹ en sentencia del 14 de abril de 2010, declaró nulo ese artículo, argumentando que no es admisible que mediante reglamento se asigne competencia a cada entidad estatal para establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen garantías propias del derecho al debido proceso, precisando que los aspectos interorgánicos de procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad pública, y en ese sentido se declaró la nulidad del aparte citado, en la interpretación de regular el debido proceso en la imposición de multas, más no de los aspectos interorgánicos de dicho procedimiento. Entonces, ante la nulidad del artículo 87 *Ibídem.*, se tenía que las entidades públicas debían aplicar el procedimiento administrativo general dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

2.1.5. El procedimiento administrativo sancionador para la imposición de multas contractuales, dispuesto en la Ley 1474 de 2011

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicado No.: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).

La Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, finalmente concretó el procedimiento para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en materia de contratación estatal, disponiendo lo siguiente:

“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

Entonces, el citado artículo de la Ley 1474 de 2011⁸⁰ divide este procedimiento en las siguientes etapas: i) aplicación oportuna, que tiene lugar una vez se detecte el posible incumplimiento de alguna obligación a cargo del contratista, para lo cual la entidad pública debe citarlo con el fin de debatir lo sucedido. A esta audiencia debe citarse al garante, quien es el obligado a responder las sanciones en subsidio del contratista; ii) en la citación que se envíe al contratista, se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, que se deberá celebrar con la mayor brevedad posible atendiendo a la naturaleza del contrato y a la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Para garantizar el derecho de defensa, se deben concretar todas las circunstancias que concretan la imposición de la multa o sanción, para lo cual la entidad pública deberá mencionar de manera expresa y detallada todos los hechos originarios de la citación, y llevar un informe de interventoría o supervisión en el cual sustente la actuación de la administración, señalando así mismo todas las normas o cláusulas contractuales vulneradas y las consecuencias que podrían llevar para el contratista, indicando exactamente la estipulación de la multa dentro del contrato.

iii) En el desarrollo de la audiencia, en primer lugar la entidad pública o su delegado tienen la palabra, señalando los hechos que motivan la actuación, las normas o cláusulas vulneradas y las posibles y las posibles consecuencias para el contratista; y después se le otorga el uso de la palabra al contratista para rendir descargos, en los cuales pueden aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad pública. Finalizada la exposición de las partes, la entidad proferirá una resolución motivada en la cual consignará lo sucedido en la audiencia, y adoptará la decisión de imponer o no multas, declaratoria de incumplimiento o sanciones, según el caso; iv) en caso contrario se suspenderá la audiencia de oficio o a petición de parte, cuando sea necesario para aportar pruebas conducentes y pertinentes o por razón debidamente sustentada, evento en el cual se deberá fijar fecha y hora de su reanudación.

⁸⁰ En este sentido, PALACIO HINCAPIÉ. Op. cit. p. 532 a 536.

v) El procedimiento sancionatorio puede darse por terminado en cualquier momento, cuando la entidad pública tenga conocimiento de que los hechos que dieron origen al incumplimiento y al procedimiento hayan cesado. En este punto el autor difiere con la norma al advertir que es confusa, dado que sanción una conducta, un hecho o una omisión del contratista tipificada en el contrato, sin que el procedimiento pueda terminar por el hecho de que el contratista no repita la conducta, sino cuando cancele su valor, o cuando en el proceso se demuestre la ausencia de culpa en su causación, por tanto, la cesación del procedimiento no es aplicable mala la multa contractual con base en las circunstancias de terminación que indica la norma.

vi) la resolución se entiende notificada en la misma audiencia, y contra la misma procede solo el recurso de reposición, el cual se debe interponer, sustentar y decidir en la misma audiencia.

2.1.6. Aspectos relevantes en el procedimiento administrativo sancionador por el cual se impone multas al contratista incumplido

Como se observó con anterioridad, las multas en la contratación estatal tienen una naturaleza sancionatoria de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial en las obligaciones pactadas en el contrato estatal, siendo que para poder hacerlas efectivas se requiere previamente efectuar el procedimiento contemplado en la Ley 1474 de 2011, para declarar el incumplimiento del contratista, lo que habilitará a la administración para la imposición de la multa y a ejercer los mecanismos de efectividad de la misma dispuestos en el ordenamiento jurídico. Ahora, dada la connotación de la multa como sanción, surge una diferencia de criterios entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y un sector de la doctrina, por cuanto desde una perspectiva, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo, sección tercera, en la sentencia del 22 de octubre de 2012 afirmó lo siguiente:

“Adicionalmente, debe señalarse que la jurisprudencia de la corporación ya ha establecido que la imposición de multas responde a un ejercicio de la autonomía de la voluntad, relativizando así el carácter de cláusula exorbitante. Esta circunstancia, sin lugar a dudas, hace más sencillo negarles el que sean una materialización del derecho punitivo y otorgarles un carácter exclusivamente negocial. Queda entonces, la facultad que las normas en contratación reconocen en cabeza de la administración para su imposición y cobro directo, siendo este aspecto el que constituye función administrativa al tratarse de un reconocimiento de ejecutividad y ejecutoriedad en cabeza de la autoridad”⁸¹.

Bajo este criterio jurisprudencial, las multas en el contrato estatal son: i) un ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual hace que su carácter “*excepcional*” sea relativo, ii) tienen carácter exclusivamente negocial, y iii) el ordenamiento jurídico reconoció en cabeza de la administración su imposición y cobro directo, constituyendo este aspecto función administrativa al tratarse del reconocimiento de ejecutividad y ejecutoriedad en cabeza de la entidad pública. Nótese que según este criterio, las multas pese a no encontrarse consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, siguen teniendo un carácter excepcional en la contratación pública, sin embargo, la misma es relativa en comparación con las cláusulas de liquidación, interpretación y terminación unilateral. Esta consideración de la Corporación, se basa en la providencia del 30 de julio de 2008, M.P., Enrique Gil Botero, que preceptuó lo siguiente:

“La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

A este derecho (común), no le resultan ajenas, sin embargo, manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 30 de julio de 2008, Op. cit.

en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato.

(...)

Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.

No basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.

Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?

La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.

La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.

Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma.

Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar

*contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa*⁸² (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la exorbitancia de las multas radica en la capacidad que tiene la administración frente al contratista privado, y no viceversa, de imponer a su contraparte estas sanciones de carácter pecuniario, en virtud de ejercicio de la función de dirección, control y vigilancia que le asiste dada su naturaleza pública.

No obstante lo anterior, BUITRAGO VARGAS⁸³ difiere del criterio jurisprudencial, enfatizando que la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales se constituyen en cláusulas del derecho común, no son excepcionales, y que su pacto no resulta obligatorio, por lo que su imposición unilateral por parte de la administración a manera de sanción y potestad excepcional, sí y sólo si las partes del contrato lo hayan pactado, resulta contrario a su naturaleza, esencia y finalidad, y por ende su imposición unilateral desconoce el principio de legalidad, encontrándose afectada por nulidad absoluta por objeto ilícito. Sustenta su criterio afirmando que en realidad lo que se pacta es una facultad excepcional, lo que es ajeno a los principios de la contratación privada y dado que el hecho de admitir la existencia de la competencia de la administración para imponer unilateralmente las multas contractuales como una sanción administrativa, sería inconstitucional y vulneratorio del principio de legalidad, en la medida en que el estatuto contractual no determinó, ni calificó estas cláusulas como una “*sanción administrativa*”, por lo que no tiene fundamento legal que se consideren como tales.

El criterio de BUITRAGO VARGAS en el sentido de precisar que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común en los términos del artículo 14 de la

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicado No.: 05001-23-25-000-1995-01905-01 (21574).

⁸³BUITRAGO VARGAS. Op. cit., p. 73 a 76.

Ley 80 de 1993, guarda relación con la postura de SUÁREZ BELTRÁN⁸⁴, en tanto que estas cláusulas no están incluidas en la enumeración taxativa de la norma.

En este sentido, como se reseñó en el acápite anterior, la evolución histórica del concepto de “*multas*” en la contratación estatal permitió identificar que se encontraban como excepcionales en el Decreto 222 de 1993, pero que sin embargo con la expedición del EGCPA no se les dio tal categoría, lo que generó un debate jurisprudencial sobre la posibilidad de su aplicabilidad en el marco de la contratación pública, que culminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 17 le otorgó a la administración la potestad de imponer las multas pactadas en el contrato. Sin embargo, no es dable concebir que con la expedición de la Ley 1150 de 2007 el Legislador haya dotado nuevamente el carácter de excepcional de la cláusula de multas, en los términos de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dado que analizadas las características de las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, según la Ley 80 de 1993 en algunos contratos, como los de obra y prestación de servicios públicos deben ser obligatoriamente pactadas, de hecho si no se pactan en el contrato estatal, se entienden por pactadas en virtud de la Ley; en otros eventos, como lo son los contratos de suministro y prestación de servicios, su inclusión es facultativa, y finalmente en otros casos, como por ejemplo en el contrato interadministrativo, su inclusión se encuentra prohibida, estando el criterio de excepcionalidad previsto en este tipo de facultades unilaterales desde el origen o inclusión de estas prerrogativas en el contrato estatal.

A contrario sensu, en el caso de las multas, son una cláusula en todo el sentido de la palabra, esto es, una disposición que nace a la vida jurídica en virtud del acuerdo entre las partes de un contrato, la cual, por su naturaleza no se puede

⁸⁴ SUÁREZ BELTRÁN. Op. cit. p. 314.

entender como estipulada sino se pactó, como por ejemplo lo sería en el caso del contrato estatal de obra. Como lo afirmó el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente citada, el pacto de la multa se constituye en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Vale la pena citar en este punto el criterio de GÜECHA MEDINA, según el cual precisa:

“en los contratos administrativos existen dos clases de cláusulas, las que provienen del acuerdo de las partes y las que derivan de la Ley, en la medida que obligan a su inclusión en el contrato; las primeras son las típicas cláusulas contractuales ya que su naturaleza está determinada por la voluntariedad de quienes intervienen en el contrato administrativo, y que están referidas principalmente al objeto del contrato y a la ejecución del mismo, y las segundas, se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta y como lo hemos afirmado dependen de la Ley, por lo que en estricto sentido no constituirían cláusulas del contrato, sino requisitos del mismo”⁸⁵.

En este orden de ideas, la cláusula de multas estaría inmersa en el primer grupo referido por el autor, mientras que las descritas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el segundo.

En realidad, es imperativo diferenciar el momento a partir del cual tanto en las potestades dispuestas en el artículo 14 ibídem, como en la cláusula de multas, la entidad pública contratante ejerce la facultad de carácter unilateral sobre la parte contratista, lo que permitirá establecer la verdadera naturaleza de la cláusula de multas, así como su diferencia con las potestades taxativamente descritas en la Ley 80 de 1993, aspecto, que será precisado en el capítulo siguiente⁸⁶.

⁸⁵GÜECHA MEDINA. Op. cit. p. 40.

⁸⁶ Al respecto ver, capítulo 3: “La aplicación de las multas en el contrato interadministrativo”, y 3.1. “Las “cláusulas excepcionales” de la Ley 80 de 1993 y la cláusula excepcional de multas”.

Por otra parte, no se comparte la posición con relación a que no constituya una sanción administrativa, toda vez que las multas en efecto son una sanción de carácter pecuniario, que nace a partir del incumplimiento del contratista de sus obligaciones en el marco del contrato estatal, y aunque si bien es cierto que el Legislador no incluyó el término de “*sanción administrativa*” dentro del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, si se facultó expresamente a la administración a imponer las multas pactadas en el desarrollo del contrato estatal, y en la Ley 1474 de 2011, se puntualizó un procedimiento para la declaratoria de incumplimiento del contrato, que serviría para la efectiva imposición de este sanción de carácter conminatoria, advirtiendo que si el contratista efectúa el debido cumplimiento justo antes de la imposición de la multa, no hay lugar a ella.

En efecto, debe precisarse que la facultad sancionatoria de la administración en tratándose de la imposición de las multas en el contrato estatal no nace del acuerdo de voluntades, esto es, del pacto de la cláusula de multas, sino de la autorización legal a la entidad pública para imponer las multas previamente pactadas en el contrato estatal.

Entonces, no se puede colegir que el acuerdo de voluntades cree la potestad sancionadora de la administración, en realidad, la autorización dada por la Ley para el ejercicio de esta potestad se supedita a que en efecto sea pactada la cláusula de multas en el contrato estatal. En conclusión, la Ley dispone la autorización para la imposición de las multas y el procedimiento que debe seguirse para tal efecto, mientras que el contrato que suscriba entre las partes contempla tanto el pacto de la cláusula de multas, como de las obligaciones del contratista, cuyo incumplimiento derivaría en la imposición de este tipo de sanciones. En este punto es pertinente citar al Consejo de Estado que al respecto afirmó:

“Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene

diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado.

(...)

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. 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 ellas- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi 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”⁸⁷.

Se colige, entonces, que dada la textura débil del principio de legalidad en materia contractual, la Ley en tratándose de las multas autorizó a las partes para que definieran tanto las conductas reprochables como las sanciones, las cuales

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. : 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

deben hacerse previamente a la suscripción del contrato estatal. Esta interpretación no generaría mayor conflicto en tratándose de los contratos suscritos entre la entidad pública y un particular en aplicabilidad del EGCAP, sin embargo, ¿sería extensiva esta interpretación a los contratos que se pacten en ejercicio del derecho privado?, o mejor aún ¿en aquellos contratos estatales que no se rigen por el EGCAP?

Ciertamente el establecimiento de la autorización por parte del legislador para que la administración pueda imponer las multas en el marco de un contrato estatal regido por el derecho privado, no es objeto de la presente investigación, sin embargo, el asunto no es del todo ajeno para estos efectos, por cuanto en tratándose del contrato interadministrativo, existen casos en los cuales en principio podría afirmarse que la ejecución del negocio jurídico se desarrollaría en virtud de las normas de derecho privado, sin embargo, para resolver este interrogante, previamente es imperativo consolidar algunos aspectos inherentes al concepto de “*contrato interadministrativo*”.

2.2. La contratación interadministrativa, establecimiento de su naturaleza, régimen y facultades de la partes para su efectiva ejecución.

Es oportuno en primer lugar precisar que la contratación interadministrativa se erige como un concepto diferente del convenio interadministrativo, y así mismo debe precisarse que el contrato interadministrativo, si bien hace parte de una de las modalidades de selección de contratación directa, no es exclusivo a ésta, criterios que serán desarrollados a continuación.

2.2.1. La contratación interadministrativa como concepto diferente al convenio interadministrativo

En acápites anteriores se planteó la problemática en torno a la asimilación o diferenciación entre convenios y contratos interadministrativos, infiriéndose que

mientras la jurisprudencia del Consejo de Estado se refería indistintamente a estas dos figuras, equiparando sus efectos por ejemplo en tratándose del pacto e imposición de multas por parte de la entidad pública contratante, la doctrina por su parte se esforzaba en diferenciarlos, en primera medida en los términos de SUÁREZ BELTRÁN⁸⁸, indicando que en ambos casos surgen obligaciones pero con propósito diferente, siendo en el convenio el beneficiario un bien común, por lo que las obligaciones son de colaboración, mientras que en el contrato se beneficia el interés de cada una de las partes, siendo obligaciones conmutativas propia de los contratos estatales; y así, refiere que mientras que los convenios deben regirse por la Ley 489 de 1998, los contratos tienen su marco jurídico en la Ley 80 de 1993. Así mismo se señaló la posición de BLANCO R.⁸⁹, indicando que los convenios interadministrativos se constituyen como una especie dentro del género de los convenios de colaboración, y que los contratos interadministrativos son una especie dentro del género de los contratos estatales, y se refirió lo propio en la teoría de SANTOS RODRÍGUEZ⁹⁰, indicando que el objeto de los convenios interadministrativos era el de coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de *interés común* a los sujetos negociales, mientras que los contratos interadministrativos tienen como particularidad que el contrato es el negocio jurídico generador al cual acuden las partes con diversos intereses, identificando las figuras de contratante y contratista.

Al debate anteriormente planteado, es pertinente referir el criterio del doctrinante español MENDIOLA⁹¹, que refiere que no se puede confundir las colaboraciones interadministrativas con actividades subvencionales o con prestaciones típicamente contractuales de realización de obras o prestación de servicios, ya que por ejemplo el convenio administrativo persigue una financiación conjunta

⁸⁸ SUÁREZBELTRÁN. Op. cit. p. 138 a 144.

⁸⁹ Blanco R. Op. cit.

⁹⁰ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 19.

⁹¹ MENDIONA, Rubén. La inadecuada utilización de los convenios En: Revista Auditoría Pública [en línea]. No. 13 (junio, 1998) <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199806_13_65.pdf> [consultado el 24 de octubre de 2014].

de actividades públicas, siendo luego que a una de las administraciones intervinientes en el convenio, a las que las demás le hayan atribuido esta labor, suscriba el respectivo contrato administrativo con el contratista adjudicatario; mientras que la subvención y el contrato tienen perfiles diferenciados, puesto que en ellos prima la actividad de fomento, y en otro, la realización de una prestación a cambio de un precio, y en razón de ello, afirma que si se hace una utilización perversa de los convenios para dar cauce formal a prestaciones contractuales o la concesión de subvenciones, puesto que en ambos casos debió haberse concedido mediante publicidad y concurrencia, y en este sentido, es inapropiada la utilización del convenio de colaboración, cuando precisamente no existe colaboración como tal, sino la prestación de un servicio de la administración a cambio de una remuneración por parte de la otra, ya que una de las partes va a resultar beneficiada con la realización de la prestación, mientras que la otra va a ser resarcida mediante el pago de un precio, por lo que ambas partes no están en el mismo plano, ni colaboran en la realización de una finalidad conjunta a la que ambas contribuyen.

En la misma línea, GARRIDO FALLA⁹² estableció que los contratos entre entidades administrativas tienen su caracterización dada por el objeto sobre el cual recaen, siendo evidente la posibilidad de contratos civiles entre dos entes públicos, así como los contratos de carácter administrativo. Adicionalmente, el autor refiere que en el caso de los contratos entre entidades administrativas que tienen por objeto un servicio público, la teoría del contrato administrativo, esto es, la sumisión a un régimen excepcional en el que una de las partes conserva sus prerrogativas sobre el servicio público, puede fallar cuando la titularidad del servicio público objeto del contrato corresponde simultáneamente a las dos entidades administrativas que contratan, esto es competencias concurrentes, ya que en ese caso no estaría justificada la situación de privilegio de una de ellas frente a la otra.

⁹² GARRIDO FALLA, Fernando, en colaboración con: PALOMAR OLMEDA, Alberto & LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo Parte general: conclusión. 12ª ed. España: TECNOS, 2005. p. 63 Y 64.

El autor, citando a ENTRENA CUESTA⁹³, señala que los contratos entre entidades administrativas de carácter público se dividen en contratos de colaboración y contratos de cooperación; en razón de los primeros sola una de las partes es titular del servicio público, lo que produce una situación de desigualdad entre los contratos que da lugar a un régimen exorbitante, siendo en este caso, auténticos contratos administrativos. En el segundo tipo, ambas entidades tienen competencia sobre el servicio, caso en el cual son contratos que no pueden darse entre particulares, de donde la situación de igualdad entre las partes debe reservarse para ellos la denominación de contratos públicos.

Se tiene entonces que para el autor los contratos interadministrativos se determinan por el objeto contractual, y la diferenciación con los convenios se daría en tanto que este último se justifica en el establecimiento del criterio de igualdad dado por la titularidad del servicio, esto es, que ambas partes contratantes lo ostenten, mientras que si sólo una de ellas lo ostenta, es de plena aplicabilidad la teoría del contrato administrativo, otorgándole facultades exorbitantes sobre su contraparte, luego desde esta perspectiva la titularidad del servicio público establece el criterio de igualdad, y no la naturaleza pública de los contratantes.

Así mismo, la doctrinante ecuatoriana, MORENO GARCÍA afirmó que *“los convenios interadministrativos tienen un componente bilateral en el que existe una concurrencia de dos o más voluntades, lo que determina una posición paritaria de las partes que lo suscriben, no así en los contratos interadministrativos ya que en estos nos encontramos frente a la voluntad unilateral de una de las partes, la entidad contratante, que está en la obligación*

⁹³ ENTRENA CUESTA, Rafael. Medidas de agilización del procedimiento ordinario. En: Justicia Administrativa. no. extraordinario (1999). ISSN 1139-4951. En: GARRIDO FALLA. Óp. cit. p. 63.

*de respetar una serie de procedimientos establecidos en la ley y que son previos a la contratación*⁹⁴.

Por su parte, CHÁVEZ MARÍN⁹⁵ sostiene que los convenios interadministrativos se distinguen de los contratos interadministrativos porque éstos últimos no tienen como objeto la realización común de intereses compartidos, sino el logro de fines estatales de alguna de las partes. En los contratos interadministrativos se busca obtener de otra persona jurídica pública la prestación de un servicio específico, la ejecución de una obra o el suministro de un bien, la realización de una actividad determinada que podría ser llevada a cabo por un particular. Agrega que el contrato interadministrativo enfrenta dos partes, de un lado la administración que es titular de un servicio cuya satisfacción busca a través de la colaboración de otra persona jurídica pública, y de otro esta última, que al actuar como podría hacerlo un particular, se ubica en la condición de contratista al servicio de la persona jurídica pública contratante, señalando así que la celebración del contrato genera la subordinación funcional en el marco del vínculo contractual, de la entidad titular del servicio público o administrativo que se pretende satisfacer o a cuyo fin estatal sirve objeto contratado, sobre la otra que es llamada a prestar la colaboración para el logro de esa actividad y a cambio de una contraprestación correlativa, en forma semejante a lo que ocurriría si la primera de tales entidades celebrara el mismo negocio pero con un particular.

Nótese que en este sentido tanto la doctrina colombiana como la internacional, coinciden en la diferenciación tanto de los convenios como de los contratos interadministrativos, dada la naturaleza de las obligaciones y de los intereses que le asisten a las entidades públicas intervinientes. Así mismo, es imperativo reseñar que la Ley 80 de 1993 en su artículo 1º estipula que el objeto de la norma

⁹⁴ MORENO GARCÍA, Verónica del Pilar. Los contratos interadministrativos. Quito, 2011. 77 h. Trabajo de grado (Maestría en Derecho). Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Área de Derecho. p. 20.

⁹⁵ CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. 1ª ed. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2008. p. 140 y 141.

es disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, lo que evidentemente no da cabida a los convenios interadministrativos, que de hecho tienen su regulación especial en la Ley 489 de 1998, y que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º, numeral 4º literal c), modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, refirió sólo a los contratos interadministrativos dentro de la causal de contratación directa, sin hacer referencia a los convenios interadministrativos. Y aunque el artículo 76 del decreto 1510 de 2013 es desafortunado al referir indistintamente al contrato y al convenio interadministrativo, es evidente que ambos conceptos son diferentes, dado el fin perseguido de las entidades estatales que se equipara en el convenio y se contraponen en el contrato, la naturaleza de las obligaciones que se circunscriben en la prestación de un servicio y no en la colaboración, pese a que ambas sean entidades públicas, y la normatividad especial que rige a los convenios interadministrativos, esto es, la Ley 489 de 1998, que no puede ser compartida por los contratos que encuentran su regulación en el EGCAP.

2.2.2. El contrato interadministrativo y la contratación directa

En líneas anteriores se afirmó que el ordenamiento jurídico colombiano connota dentro de la modalidad de selección de contratación directa al contrato interadministrativo, de conformidad con lo estipulado en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013, lo que equivaldría a equiparar la contratación entre entidades públicas con esta modalidad de selección; sin embargo, SANTOS RODRÍGUEZ afirma que *“lo que hace interadministrativo a un contrato o a un convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de las partes. De esta manera, la aplicación de las diversas consecuencias del carácter interadministrativo de un negocio jurídico no depende del procedimiento de selección aplicable, sino que las dos partes de la relación jurídico – comercial sean administración pública”*⁹⁶.

⁹⁶ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 19.

Y, en efecto, esta posición es respaldada por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 92 dispuso:

“Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo” (subrayado fuera del texto).

Así mismo el artículo 95 *Ibíd*em estipuló:

“Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”.

En interpretación de estos artículos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“La última modificación introducida por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, atinente a la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública a la ejecución de los contratos interadministrativos, es la que, según la consulta, ha generado alguna inquietud sobre la posible derogatoria, por esa vía, del régimen de contratación propio de las universidades estatales. Al respecto,

lo primero que advierte la Sala es que las disposiciones que se acaban de analizar no regulan el sistema contractual de las universidades públicas como tal, sino el de los entes estatales sujetos a la Ley 80 de 1993; cuestión distinta es que la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública por las entidades sometidas a él, repercute necesariamente en la relación jurídica que surge con quienes voluntariamente colaboran con ellas en calidad de contratistas, como puede llegar a pasar con las universidades del Estado. No podría hablarse, por tanto, en estricto sentido, de una derogatoria de los artículos 57 y 93 de la Ley 30 de 1993 sobre la aplicación del derecho privado a la contratación de los entes universitarios del Estado. Frente a éstos, lo dispuesto en las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 tiene un alcance limitado a los casos en que tales instituciones decidan actuar como contratistas de entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación Pública. En los demás eventos, su contratación se regirá, como hasta ahora, por las normas especiales que regulan su actividad. Con esta precisión se tendrá entonces, en primer lugar, que de acuerdo con las modificaciones introducidas inicialmente por la Ley 1150 de 2007 y, posteriormente, por la Ley 1474 de 2011, la posibilidad de suscribir contratos interadministrativos está sujeta a que las obligaciones del contrato tengan relación directa con el objeto de la universidad estatal que actúe como contratista. En segundo lugar, se tendrá que los contratos interadministrativos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública suscritos, entre otras, con instituciones públicas de educación superior, no se podrán hacer por contratación directa sino que requerirán licitación pública o selección abreviada. En estos casos, el contrato deberá, igualmente, tener relación con el objeto de la institución de educativa del Estado. En tercer término, la ejecución de los contratos interadministrativos por parte de instituciones públicas de educación superior se regirá por el Estatuto General de Contratación Pública, salvo, únicamente cuando el objeto de dicho contrato “tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”; dicho de otro modo, solamente si se da esa relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la institución de educación superior, tal como debe ser, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo las reglas de derecho privado⁹⁷ (subrayado fuera del texto).

De conformidad con el citado concepto, en los eventos en los que las entidades con régimen de contratación exceptuado a la Ley 80, sean las ejecutoras del contrato estatal celebrado con entidades públicas regidas por el EGCAP, i) la posibilidad de suscribir contratos interadministrativos se encuentra sujeta a que las obligaciones del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. C.P. Dr. William Zambrano Cetina. Concepto del 28 de junio de 2012. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092).

que actúe como contratista, y ii) “los contratos interadministrativos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública suscritos con universidades estatales deberán estar precedidos de licitación pública o selección abreviada”⁹⁸.

Al respecto, SUÁREZ BELTRÁN⁹⁹ refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que para que la prohibición de “la celebración de contratos interadministrativos”, deben concurrir las dos condiciones establecidas en la disposición, esto es, que se trate de uno de los tipos contractuales señalados en la norma (obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública), y que además se pretenda que dicho contrato sea ejecutado por alguna de las entidades allí contempladas (universidades estatales, Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales).

Por su parte FANDIÑO GALLO¹⁰⁰ estableció que en principio los contratos interadministrativos fueron usados como mecanismos de evasión de los procedimientos de selección donde se debía asegurar la convocatoria pública, por lo que desde las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 se establecieron mayores limitaciones para garantizar la transparencia a través de las siguientes reglas: a) sólo pueden celebrarse estos contratos siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos, b) las entidades públicas referidas en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, podrán ejecutar contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargo fiduciario

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ SUÁREZ BELTRÁN. *Op. cit.* p. 142 y 143.

¹⁰⁰ FANDIÑO GALLO. *Op. cit.* p. 309 y 310.

fiducia pública, siempre que participen en los procesos licitatorios o de selección abreviada y acrediten la capacidad requerida para el caso, esto es, que deberán competir en igualdad de condiciones con los particulares, entendiendo por el contrario que los demás contratos se pueden celebrar bajo la modalidad de contratación directa, con la limitación de que el objeto del contrato debe ser congruente con el objeto misional de la entidad; c) la ejecución de estos contratos estará sometido al EGCAP, así la entidad ejecutora tenga régimen especial, salvo que desarrolle su actividad en competencia con el sector privado, o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad; d) los contratos de seguro de las entidades estatales está exceptuado de celebrarse por este tipo de contratación; y e) el acto administrativo que señale la justificación para contratar, debe contener la causal que invoca para contratar directamente, el objeto del contrato, el presupuesto para la contratación las condiciones que exigirá al contratista, el lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

En el capítulo siguiente se hará nuevamente referencia al artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, estableciendo la importancia de su correcta interpretación, para referir la potestad de la imposición de las multas en el contrato interadministrativo cuando la actividad que desarrolla la entidad ejecutora tiene relación con el objeto contractual¹⁰¹.

2.3. La imposición de multas en el contrato interadministrativo, ¿contraria al principio de unidad del Estado?

Finalmente, es pertinente citar a CASSAGNE¹⁰², cuando establece que resulta inadmisibles que una entidad autárquica o empresa del Estado pretenda ejercer sus

¹⁰¹ VER capítulo “3.2.1. El contrato interadministrativo de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011”.

¹⁰² CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. P. 117 y 118.

prerrogativas de poder público contra el propio Estado y viceversa, que éste último pretenda ejercerla contra aquellas entidades, y que respecto de las relaciones entre personas públicas estatales correspondientes a distintas esferas de competencias constitucionales, no existe subordinación, ni supremacía de una entidad respecto de la otra, y por lo tanto no existe la posibilidad de que se ejerzan prerrogativas de poder público, a excepción de las que autoriza la Constitución. Según este criterio, no sería posible la imposición de las multas pactadas por parte de la administración en el marco de un contrato interadministrativo.

Sin embargo, contrario a lo anterior, CHÁVEZ MARÍN¹⁰³ refiriéndose a la posibilidad del pacto de cláusulas excepcionales en el contrato interadministrativo, señala que si bien su tesis puede oponerse al principio de unidad del Estado, igual cuestionamiento podría hacerse al litigio judicial autorizado por el derecho colombiano entre entidades públicas o a la potestad que ejercen las Superintendencias sobre las entidades estatales por ella supervisadas, y que además, su planteamiento es armónico con el modelo de Estado propuesto por la Constitución Política de 1991, el cual exige de las entidades públicas un nivel competitivo frente a los particulares y predica condiciones de igualdad de los sujetos protagonistas de esa libertad de competencia que se realiza en el seno del mercado, por lo que no se ve la razón por la cual las entidades estatales deban tener en el contexto del mercado y la competencia de un tratamiento privilegiado frente a los particulares, y no ser controladas y eventualmente sancionadas atendiendo a su naturaleza, cuando quiera que lo sería en las mismas circunstancias un contratista particular.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado reconoció que existe el daño patrimonial entre entidades públicas, y que tiene como consecuencia la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales que lo hayan causado con dolo o

¹⁰³ CHAVEZ MARÍN. Op. cit. p. 142.

culpa grave. Al respectó, la Alta Corporación en lo Contencioso Administrativo refirió:

“De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos.

El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gastos injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones” (subrayado fuera del texto)¹⁰⁴.

Es claro entonces que en el marco de un contrato interadministrativo se presenta una disminución patrimonial cuando la entidad pública contratista efectúa pagos a la entidad contratante por concepto de multas, el cual no es una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos, sin que el principio de unidad de caja exima de responsabilidad fiscal al gestor fiscal de su conducta dolosa o culposa que genere gastos injustificados con ocasión al pago de estas sanciones. De igual forma, debe considerarse que la entidad contratante también sufre un menoscabo patrimonial ante el incumplimiento de la contratista en sus obligaciones con relación al contrato interadministrativo, que se haría más gravoso con el paso del tiempo sin que se haya efectuado el debido cumplimiento, o hasta el momento en el que el juez del contrato resuelva hacer efectiva la multa pactada en el contrato. Entonces, en este escenario no pueden ser excusa los principios de unidad del Estado y unidad de caja para desconocer el daño patrimonial que produce el incumplimiento del contrato estatal, ya que

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. C.P. Dr. Gustavo Aponte Santos. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00077-00.

en virtud del artículo 352 Constitucional los presupuestos de los órdenes nacional, territorial y de entidades descentralizadas de cualquier nivel son separados, y por tanto *“el hecho cierto de que por mandato de la Ley orgánica, los entes territoriales deban regirse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos”*¹⁰⁵.

Además, debe señalarse la naturaleza del contrato interadministrativo, y sus diferencias con relación a la figura del convenio interadministrativo, en especial la consistente en que en el contrato ambas partes acuden con intereses contrapuestos, y teniendo en cuenta que ambas entidades tienen cierto grado de autonomía presupuestal y patrimonial, no se puede concebir que bajo el principio de unidad de Estado y unidad de caja se impida a las entidades participantes de blindar por sí mismas sus intereses diversos y disponer mecanismos autorizados por el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento del contrato interadministrativo y evitar el detrimento patrimonial causado por el incumplimiento, y el que se cause por la efectividad de las multas pactadas que haga el juez del contrato en sede contenciosa, el cual incluiría los intereses moratorios, siendo este efecto lesivo para el patrimonio de la entidad pública contratista.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

3. LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS EN EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO

De conformidad con lo expuesto con antelación, es imperativo precisar la naturaleza de la cláusula de multas, del contrato interadministrativo, y las posibilidades de su pacto y aplicabilidad en este tipo de relaciones interadministrativas.

3.1. Las “cláusulas excepcionales” de la Ley 80 de 1993 y la cláusula excepcional de multas

El numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece el “*pacto*” de las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, i) de forma obligatoria, 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; y ii) facultativamente en los contratos de suministro y prestación de servicios. El párrafo del mismo artículo especifica que en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º del referido 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.

Como se analizó con antelación, la interpretación de esta norma difiere en las posiciones doctrinales y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que para la Máxima Corporación en la jurisdicción de lo contencioso

administrativo, el artículo 14 de la citada Ley es enunciativo, puesto que en materia de Contratación Estatal existen otras cláusulas de naturaleza excepcional, que no se encuentran referidos en esta norma, por lo que la distinción entre la cláusula excepcional de la que no tiene tal condición, se sustenta en la potestad que tenga la administración de ejercer unilateralmente ciertas prerrogativas, rompiendo el criterio de igualdad que presupone la relación con su contratista. En este orden de ideas, la cláusula penal y de multas serían excepcionales, y, por lo tanto, su aplicabilidad en el contrato interadministrativo sería prohibida, criterio que la jurisprudencia extendía a la liquidación unilateral¹⁰⁶, y que también tendría su restricción en tratándose de la efectividad de la garantía de cumplimiento, toda vez que el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013 preceptúa que la Entidad Estatal debe hacerlas efectivas en los siguientes casos:

“1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros”.

Como se observa, en ninguno de los casos establecidos por la norma se habilitaría a la entidad contratante a hacer efectiva la cláusula de garantías en el marco de un contrato interadministrativo, toda vez que la cláusula de caducidad (caso 1º), expresamente se encuentra consagrada como excepcional en virtud del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Así mismo la cláusula de multas (caso 2º) y la cláusula penal (caso 3º), en virtud del criterio del Consejo de Estado también

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Op. cit.

serían cláusulas excepcionales, por lo que de igual forma se les aplica la prohibición expresa en el último inciso del artículo 14 *ibídem*.

No obstante lo anterior, la doctrina (y en algunos tópicos la propia jurisprudencia¹⁰⁷) tiene una posición que difiere a la jurisprudencial, en el sentido de considerar que el artículo 14 no tiene carácter enunciativo, sino taxativo, por lo que cláusulas como la de multas, penal, liquidación unilateral y efectividad de las garantías, no serían excepcionales ya que no se encuentran descritas en el precitado artículo como tales. En efecto, en el tema que convoca a esta investigación, SUÁREZ BELTRÁN¹⁰⁸ establece que el pacto de las multas y su efectividad no surgirían de la excepcionalidad establecida en el EGCAP, sino de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y que la autorización para su aplicabilidad se encuentra en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que no restringe su uso en tratándose de los contratos interadministrativos. Por su parte, RICO PUERTA¹⁰⁹ la clasificaría junto con la cláusula penal como “*cláusulas no excepcionales de contenido sancionatorio*”, dado que ambas tienen naturaleza consensual de origen legal, porque las partes acuerdan las causales, la cuantía y la oportunidad para su imposición, correspondiendo a la esfera de la autonomía de la voluntad. Así mismo, SANTOS RODRÍGUEZ¹¹⁰ señala que en la medida en que se trata de una prohibición, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 debe ser interpretado en sentido restrictivo, estando limitado sólo a las situaciones reguladas por dicha norma; por lo que la prohibición de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos sólo se refieren a la terminación, interpretación y

¹⁰⁷ Tal es el caso p.ej. de la concepción de la cláusula de liquidación unilateral. En efecto el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia afirmó que esta prerrogativa no es excepcional, toda vez que no se encuentra en el listado de la Ley 80 de 1993. Al respecto: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado No.: 52001-23-31-000-2003-00665-01 (32.797). Se hará expresa mención de esta sentencia en el capítulo “3.2. *La aplicación de las multas en los contratos interadministrativos regidos por el derecho público*”.

¹⁰⁸ SUÁREZ BELTRAN. Op. cit. p. 314.

¹⁰⁹ RICO PUERTA. Op. cit. p. 886.

¹¹⁰ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 20.

modificación unilaterales y caducidad, sin extenderse a otros poderes como la liquidación unilateral.

Teniendo en cuenta los criterios expuestos, para saldar la discusión planteada, es pertinente precisar en primer lugar la verdadera naturaleza de lo que el Legislador considera como “*cláusulas excepcionales*” en el EGCAP. Al respecto, GÜECHA MEDINA¹¹¹ refiere que las potestades de la administración en los contratos administrativos son anteriores al contrato, por lo que sería impreciso referir a estas facultades como “*cláusulas*”, al no implicar una disponibilidad o acuerdo de las partes en su inclusión. En este orden de ideas la estipulación contractual que exprese una prerrogativa de la administración no nace del acuerdo de las partes del contrato sino que por el contrario han sido previamente establecidas en la Ley, por lo que la consagración de las cláusulas excepcionales, más que cláusulas, son prerrogativas previas al contrato estatal, lo que determinaría que no es la voluntad de las partes del contrato las que hacen existir estas potestades en favor de la administración, sino la ley.

En el mismo sentido, OSORIO MORENO define las cláusulas excepcionales al derecho común de la siguiente manera:

“En nuestro criterio, la aparición de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, en el mandato contenido en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador, a favor de la administración pública y que genera una posición jurídica especial en el negocio jurídico público, del Estado frente al sujeto co-contratante, que en nada interviene en la discusión y construcción de la supuesta cláusula, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad”¹¹².

¹¹¹ GÜECHA MEDINA. Op. cit. p. 41 y 42.

¹¹² OSORIO MORENO, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. En: Opinión jurídica [en línea]. Revista digital de Derecho Administrativo. No.10 (2013) < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407621> [consultado el 15 de marzo de 2015]. p. 103 y 104.

Así las cosas, de conformidad con el criterio de GÜECHA MEDINA y OSORIO MORENO, hay lugar a inferir que las denominadas “cláusulas”, dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en realidad no tienen tal condición, puesto que son potestades en favor de la administración que no tienen su origen en el acuerdo de voluntades entre las partes de un contrato administrativo, sino en la Ley; lo que quiere decir que el contratista no interviene en la discusión y construcción de esta supuesta cláusula. *A contrario sensu* la cláusula de multas tienen su origen en el pacto de las partes, por lo que a diferencia de las primeras, ésta si es una cláusula propiamente dicha, y en ese sentido su construcción requiere de la participación de los contratantes.

Con relación al pacto de estas cláusulas en los contratos de prestación de servicios y suministros, la Ley 80 de 1993 en su artículo 14 dispone que las entidades estatales pueden pactar en los contratos de suministro y de prestación de servicios las cláusulas excepcionales al derecho común, lo que haría suponer que su inclusión en el contrato estatal implicaría una participación de las partes intervinientes en el mismo y en consecuencia sería una manifestación de la autonomía de la voluntad. En ese sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado en la jurisprudencia consideró:

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

(...)

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”¹¹³
(subrayado fuera del texto).

¹¹³ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ (C.P.) (Dr.). Op. cit.

No obstante lo anterior, GÜECHA MEDINA¹¹⁴ enfatiza que al hacer una interpretación sistemática de la norma, la posibilidad del pacto sería obligatoria, ya que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin hacer distinción alguna de los contratos, refiere que en los casos previstos en el numeral 2º las cláusulas se consideran pactadas así no se consignen expresamente. Por su parte OSORIO MORENO¹¹⁵ refiere que en los contratos de prestación de servicios y suministro erróneamente se considera que las partes del contrato estatal tendrían la posibilidad de decidir voluntariamente la inclusión de las cláusulas excepcionales en el contrato, pues la posibilidad parte de la habilitación de la Ley, en los cuales podrían los sujetos del negocio jurídico, adoptar la decisión de pactar las cláusulas excepcionales, sin que sea una regla originada exclusivamente en la voluntad de las partes contratantes. En este sentido, el autor aclara que la posibilidad de pactar estas cláusulas en los referidos contratos, no se hace en virtud de la materialización del principio de la autonomía de la voluntad, sino como concreción del poder imperativo de la Ley.

En efecto, las denominadas “*cláusulas excepcionales*” de la Ley 80 de 1993, en realidad no son cláusulas, sino prerrogativas unilaterales dispuestas en la Ley, que por su naturaleza otorgan un estado de superioridad de la entidad pública contratante sobre el contratista, y con la particularidad de que tienen su origen en virtud de la Ley y no de la autonomía de la voluntad, por lo que el contratista no participa en su construcción. Incluso, aun en los contratos de prestación de servicios y de suministro, en los que podría establecerse la participación del contratista para su establecimiento en el contrato estatal, tampoco hay lugar a esta concepción, puesto que no son mandamientos creados voluntariamente por las partes, sino por disposiciones de Ley, limitada sólo a los contratos de prestación de servicios y de suministro.

En este orden de ideas, dicha prerrogativa en los contratos de prestación de servicios y de suministro, no tiene punto de comparación con la cláusula de

¹¹⁴ GÜECHA MEDINA. Op. cit. p. 41 y 42.

¹¹⁵ OSORIO MORENO. Op. cit. p. 104.

multas, toda vez que mientras la primera tiene su origen en la disposición legal, esto es, la concreción del poder imperativo de la Ley, la segunda tienen su referente en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, luego se originan en virtud a que las partes en ejercicio de su autonomía de voluntad deciden incluir en el contrato la cláusula de multas. En el primer caso, la opción de incluir la prerrogativa del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en el contrato estatal, es decir, la presunta facultad de las entidades estatales para pactar estas cláusulas, según el inciso 2º del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, está limitada a los contratos de prestación de servicios y suministro, mientras que la cláusula de multas puede pactarse en todos los contratos estatales. En definitiva, las prerrogativas del EGCPA, incluyendo los casos en los que se puede entender facultativa, por su naturaleza no son “cláusulas”, naturaleza que si ostenta la cláusula de multas.

Ahora, contrario a lo establecido entre otros autores por RICO PUERTA Y SUÁREZ BELTRÁN, debe considerarse que la cláusula de multas si establece una excepcionalidad, esto es, en su imposición, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ya que es una prerrogativa consagrada en la Ley, unilateral de la entidad pública contratante, y que supone una manifestación de superioridad frente al contratista. Sin embargo, es imperativo reiterar que la prerrogativa se genera en la imposición de la cláusula, más no en su pacto, estipulación o inclusión en el contrato estatal, pues como se dijo con antelación, el pacto tiene sólo como referente la voluntad de las partes, esto es, si las partes al momento de celebrar el contrato no incluyen la cláusula de multas, no puede derivarse efecto alguno de la misma, situación que la diferencia con las potestades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que encuentran el criterio de excepcionalidad desde el momento mismo de la inclusión, en las que por regla general es obligatorio su pacto, y si no se pactan en el contrato estatal, se entienden por pactadas. Diferencia que en definitiva será de vital importancia para establecer su aplicación en el contrato interadministrativo.

Lo anterior significa que tanto las mal referidas cláusulas excepcionales dispuestas en el artículo 14 *Ibidem*, como aquellas que no se encuentran expresamente señaladas en esta norma (cláusula penal, multas, y liquidación unilateral), deben apreciarse bajo el criterio de dos fuentes: i) de su pacto o inclusión en el contrato estatal, y ii) de su imposición ante la configuración de la situación preestablecida en la cláusula; esto es, que es imperativo precisar en cada una de éstas, el origen legal del hecho que se incluyan en el contrato interadministrativo, y por otra parte, el origen legal de la potestad de la administración para hacerlas efectivas, las cuales si bien se confunden en el primer grupo de estipulaciones (las expresamente señaladas en la Ley 80), presentan un origen diferente en el segundo grupo, precisión que se hará exclusivamente de la cláusula de multas por ser el objeto de esta investigación.

Se tiene entonces que en las prerrogativas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en su estipulación o inclusión en el contrato estatal, tiene su fuente en el mismo artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su inciso 2º, por su parte la cláusula de multas tienen su referente en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, siendo en todos los casos potestativa su inclusión en el contrato estatal, lo cual se encuentra a criterio de las partes contratantes.

Ahora, con relación al segundo ítem, esto es la fuente u origen legal de la potestad de la administración para hacer efectivas estas prerrogativas de forma unilateral, se tiene que en las estipulaciones expresamente consagradas en el artículo 14 *Ibidem*, su aplicación se encuentra establecida dentro del mismo, y en los artículos 15 a 18 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, la cláusula de multas en su aplicación como potestad de carácter unilateral de la entidad pública contratante, encuentra su autorización no en esta norma, sino en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Se concluye entonces que tanto la cláusula de multas, con relación a las prerrogativas del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se diferencian en que i) la primera es una “cláusula” propiamente dicha, mientras que la segunda no lo es, ii) las prerrogativas del artículo 14 *Ibídem.* tienen su origen en la misma Ley, por lo que su excepcionalidad se genera desde la inclusión misma en el contrato estatal, mientras que en la cláusula de multas, su fuente u origen, que faculta la inclusión de la cláusula en el contrato estatal, se encuentra en el régimen privado y requiere el acuerdo de las partes para su estipulación, luego en este punto no puede colegirse excepcionalidad, y iii) en el caso de la cláusula de multas, la excepcionalidad se encuentra en su aplicación o imposición, potestad que encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, mientras que en el segundo caso, su efectividad se sustenta en la Ley 80 de 1993.

3.2. La aplicación de las multas en los contratos interadministrativos regidos por el derecho público

En concordancia con lo establecido en el capítulo anterior, en cuanto a la prohibición de la aplicabilidad de las potestades excepcionales en los contratos interadministrativos, se tiene que en las prerrogativas de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad se encuentra expresamente prohibidas, en virtud del citado artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ya que todas ellas tienen la misma particularidad, tanto su inclusión como su aplicación están sustentados en la misma norma. Sin embargo, en cuanto a la cláusula de multas cuya inclusión en el contrato se hace en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, se evidencia que en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que faculta la potestad unilateral para su aplicación, no se encuentra tal prohibición, por lo que en consecuencia, al tener su fuente de aplicación en esta norma y no en la Ley 80, se evidencia que la entidad pública contratante puede imponer las multas pactadas a la entidad pública contratista durante la ejecución del contrato interadministrativo.

Así las cosas, el criterio del Consejo de Estado según el cual toda potestad unilateral de la administración debe considerarse cláusula excepcional y en consecuencia debe darse plena aplicabilidad a la prohibición del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en tratándose de los contratos interadministrativos, no está llamado a prosperar, por cuanto como lo estableció SANTOS RODRÍGUEZ¹¹⁶, la norma al consagrar una prohibición debe ser interpretada de manera restrictiva, y por criterio de especialidad, el sustento de la aplicabilidad de las multas se encuentra en la Ley 1150 de 2007, sin que en dicha normatividad o en otra posterior se establezca la prohibición que si se encuentra estipulada en la Ley 80, para las prerrogativas expresamente consagradas en el artículo 14, por lo que la norma faculta a la administración a imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, previo agotamiento del procedimiento dispuesto en la Ley 1474 de 2011, independientemente de la naturaleza pública o privada del contratista.

Por otra parte la misma Alta Corporación en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en reciente jurisprudencia con ocasión del análisis de la cláusula de liquidación unilateral precisó:

“Ahora bien, en lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual.

Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas

¹¹⁶ SANTOS RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 20.

que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal¹¹⁷ (subrayado fuera del texto).

En razón de esta sentencia, se contradice la tesis de esta Corporación según la cual las potestades unilaterales de la entidad pública contratante son exorbitancias a las cuales se le debe aplicar lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cuya disposición implica que no pueden ser impuestas de manera unilateral en el contrato interadministrativo.

En efecto, la misma Colegiatura, en otra providencia había sustentado bajo este criterio el carácter excepcional de la cláusula de liquidación unilateral y de su restricción en el contrato interadministrativo, así:

“En el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado”¹¹⁸ (subrayado fuera del texto).

Se evidencia así el carácter excepcional de la cláusula de liquidación unilateral, luego la posición del Consejo de Estado según la cual esta cláusula no se considera exorbitancia toda vez que no se encuentra en el listado de la Ley 80 de 1993, evidencia la contradicción jurisprudencial al respecto, y a su vez le da razón a la tesis planteada en la presente investigación en el sentido en que deben diferenciarse las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, de las cláusula de liquidación unilateral, y en ese sentido de la cláusula de multas, que tampoco se encuentra en ese listado y que como se desarrolló con

¹¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado No.: 52001-23-31-000-2003-00665-01 (32.797).

¹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Óp. cit.

antelación ostenta de su calidad excepcional en virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y por ello no le aplica la restricción de su aplicabilidad en los contratos interadministrativos, pues se reitera, tal prohibición se predica sólo de las prerrogativas contempladas en el artículo 14 de la Ley 80.

3.2.1. El contrato interadministrativo de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011

Por otra parte, de conformidad con el criterio del Consejo de Estado¹¹⁹, según el cual ninguna de las partes está facultada para imponer las multas unilateralmente mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre viciado por incompetencia, dado que en el caso objeto de estudio por la Corporación, el régimen jurídico que gobernó el contrato era de derecho privado, y éste no consagra competencia alguna para entidades del Estado impongan multas mediante acto administrativo unilateral, advirtiendo además que con la Ley 1150 de 2007 sí se encuentra prevista la competencia de la Administración para imponer multas, pero no en los contratos interadministrativos; se tiene que esta postura se basa en el criterio de igualdad que le asiste a las partes del contrato interadministrativo, que se equipararía al régimen del derecho privado en el que ninguno de los contratantes puede imponerse sobre el otro y aplicarle unilateralmente la multa así pactada.

Frente a esta postura, en este acápite es imperativo reiterar la conclusión a la que se llegó en el capítulo anterior, en señalar que i) el convenio interadministrativo es distinto al contrato interadministrativo, puesto que su fundamento jurídico en el primer caso se encuentra en la Ley 489 de 1998, mientras que el segundo encuentra su regulación en el EGCAP; ii) el contrato interadministrativo no se supedita sólo en la modalidad de selección de contratación directa, toda vez que lo interadministrativo no lo hace el proceso de

¹¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

selección, sino la calidad de sus intervinientes, y en virtud del artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, este tipo de contratos también pueden celebrarse previa selección del contratista bajo otras modalidades tales como la selección abreviada o la licitación pública, siendo ejemplo de ello el caso de las universidades públicas.

Entonces, se tiene que el contrato interadministrativo puede surgir de conformidad a dos situaciones, a) cuando la relación jurídica se someta al derecho público o b) al derecho privado, y dentro de este último, existen dos eventos, el primero según el cual la entidad contratante tiene el régimen del EGCAP, y el segundo, en el que la entidad contratante tiene un régimen exceptuado a la contratación pública.

De conformidad con lo anterior, cuando la relación jurídica que rige el contrato interadministrativo es el derecho público, en primer lugar debe precisarse la correcta interpretación del artículo 2º, numeral 4º literal c), de la Ley 1150 de 2007, que fue modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, que señala que *“en aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”* (sic).

En interpretación de esta norma, el Consejo de Estado considera que *“aún en los eventos de licitación pública o selección abreviada, el contrato debe tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; en ese sentido, el inciso segundo de la norma en cita, no puede ser interpretado como una autorización para celebrar contratos que no tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora. La excepción que consagra dicho inciso se refiere solamente a que los contratos allí referidos no pueden celebrarse por contratación directa sino*

*que requieren agotar un proceso previo de licitación pública o selección abreviada*¹²⁰ (subrayado fuera del texto). Sin embargo es imperativo observar la relación directa del objeto del contrato con la actividad de la entidad ejecutora o que actúe en régimen de competencia, para verificar si el contrato queda sometido al EGCAP o a regímenes excepcionales, ya que *“solamente si se da esa relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la institución de educación superior, tal como debe ser, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo las reglas de derecho privado”*¹²¹.

Entonces, según la Alta Corporación, sólo pueden celebrarse contratos interadministrativos cuando el objeto del contrato sea coincidente con la actividad desarrollada por la entidad pública contratista, posición respaldada por SUÁREZ BELTRÁN, quien afirma con relación al artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que *“los redactores buscaron un propósito pero lograron exactamente el contrario: al parecer querían preservar a toda costa la aplicación del Estatuto General de Contratación, de manera que cuando la entidad “contratista” no estuviera sometida al mismo, en todo caso se aplicase para la ejecución del contrato. Este propósito se ve totalmente frustrado por la última de las excepciones consagradas, al decir que ello no aplica cuando “el contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo “de la actividad de la contratista”. El atento lector entenderá la razón de mi afirmación: simplemente porque sólo es posible celebrar contratos interadministrativos, cuando justamente, tengan, “relación directa con la actividad” de la entidad llamada a ejecutarlos”*¹²².

Con ocasión de la aplicabilidad de esta norma en los casos en los que las universidades públicas funjan como contratistas, PALACIO HINCAPIE identifica como una antinomia, al precisar que *“(...) la norma vuelve a exceptuar a las*

¹²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. C.P. Dr. William Zambrano Cetina. Óp. cit.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² SUÁREZ BELTRÁN. Op. cit. p. 142 y 143.

universidades públicas de la aplicación de la Ley 80 en este párrafo lo que en principio genera una antinomia con el primer inciso, pues en los eventos en los que deba participar en la licitación pública o en la selección abreviada, se está sometiendo a las normas y procedimientos de la Ley 80 de 1993”¹²³.

Esta contradicción que pone de presente el autor en realidad es aparente, toda vez que es imperativo diferenciar el objeto del contrato estatal que tenga “relación” con la actividad de la entidad ejecutora, al objeto contractual que tenga “relación directa” con tal actividad, conceptos que evidentemente difieren, puesto que por ejemplo en los eventos en los que las universidades públicas participen en una licitación pública que tenga por objeto la adjudicación de un contrato de obra, esta actividad puede tener relación con la actividad que desarrollen estas instituciones, siempre que sus estatutos contemplen esta facultad para relacionarse jurídicamente como contratista en estos casos, consideraciones que también pueden hacerse en cuanto a la ejecución de los contratos de consultoría. Ahora, si el contrato estatal tuviera por objeto la promoción del desarrollo de la Educación Superior o fomentar su acceso, la universidad pública, frente al mismo tendría “relación directa”, dado que este aspecto es propio de su naturaleza y su ejecución garantiza el ejercicio de sus fines.

Así las cosas, la “relación” implica que el objeto del contrato no es ajeno a la actividad que desarrolla la entidad ejecutora, teniendo así la facultad de comprometerse contractualmente con la entidad contratante, estando sometida la ejecución de este contrato a la Ley 80 de 1993. Por su parte la “relación directa”, consiste en que el objeto del negocio es inherente a la naturaleza y finalidad de la entidad que estaría llamado a ejecutarlo. En este escenario la entidad ejecutora estaría dando ejerciendo su función administrativa, en una relación en la que la entidad contratante también actuaría para desarrollar su función, y así la relación jurídica más que reunir dos intereses opuestos, implica una colaboración entre dos entidades públicas, constituyendo en consecuencia un interés común, lo que indudablemente lleva a concluir que este evento no se

¹²³ PALACIO HINCAPIE. Op. cit. p. 395.

circunscribe a un contrato interadministrativo sino a un convenio interadministrativo en los términos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

Por esta razón, es que el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, dispone que cuando la ejecución del mal denominado “contrato interadministrativo” tenga relación directa con el desarrollo de la actividad de la entidad, su ejecución no se someterá a la Ley 80 de 1993, lo cual es concordante con lo establecido con antelación¹²⁴, pues al ser un convenio interadministrativo su régimen no se circunscribe al EGCAP, sino al desarrollo de los postulados constitucionales de colaboración de los órganos del Estado y a las reglas descritas en la Ley 489 de 1998, y en ese sentido dado su carácter de convenio, no será de su naturaleza el ejercicio potestad unilateral de imposición de las multas, caso contrario al de los contratos cuyo objeto tenga “relación” (más no directa) con la actividad de la entidad ejecutora, que se entenderá propiamente como contrato interadministrativo, y en el que el análisis de la prerrogativa de la imposición de las multas se efectuará en el numeral siguiente.

Entonces, la conclusión a la que se llegó en este acápite, tiene relevancia en el problema planteado en la presente investigación, ya que se puede establecer que al configurarse esta situación jurídica, esto es, si la actividad desarrollada por la entidad ejecutora, descrita en las Leyes o reglamentos, no tiene “*relación directa*”, pero sí se “*relaciona*” con el objeto del contrato estatal, el contrato debe ejecutarse por las normas del EGCAP, incluyendo el régimen sancionatorio de las multas dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y bajo el procedimiento descrito en la Ley 1474 de 2011, esto es, que las multas pactadas en ese contrato estatal pueden ser efectivamente impuestas por la entidad pública contratante a la entidad pública contratista, separándose de la posición del Consejo de Estado sobre el particular que asegura que no es posible el ejercicio de esa potestad unilateral dada la naturaleza privada y de la calidad

¹²⁴ Ver capítulo 2.2.1. La contratación interadministrativa como concepto diferente al convenio interadministrativo.

pública de las partes en el contrato interadministrativo equiparadas en un margen de igualdad, la cual no es aplicable en este caso, por cuanto i) la relación jurídica es pública, no privada, ya que el contrato se rige por el EGCAP, y ii) en los casos en los que la entidad pública decide competir en un margen de igualdad en el marco de un proceso de selección con los particulares, se somete a los términos y condiciones dispuestos en la norma de contratación pública, siendo discutible la relación de igualdad entre las partes contratantes, ya que en este evento es la misma entidad contratista quien decide competir en igualdad de armas con los particulares, sometiéndose a la relación contractual en caso de que le fuere adjudicado el contrato, en los mismos términos en los que sería para el particular contratista.

3.3. La aplicación de las multas en los contratos interadministrativos regidos por el derecho privado – El establecimiento de la facultad convencional de la entidad contratante

En los eventos en los que la ejecución del contrato interadministrativo se rija por las normas del derecho privado, surge el interrogante con relación a si en este escenario la entidad contratante está facultada para imponer las multas impuestas en este negocio jurídico. Para ello, vale la pena citar la aclaración de voto del Magistrado Dr. Enrique Gil Botero, a la sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado¹²⁵ del 23 de septiembre de 2009, al considerar lo siguiente:

“Por esta razón, no es adecuado sostener -como lo hace la Sala en la sentencia- que el contrato celebrado por el Banco y el ISS se rige por el derecho privado, pues una y otra entidad negociaron, cada una con el régimen jurídico asignado por la ley, luego lo conservan mientras la ley no disponga otra cosa.

Ahora, lo que sí se puede hacer es un balance sobre el tema, en lo cual también la Sala se equivoca. En tal sentido, se observará que en virtud de las exigencias especiales y mayores que impone la ley 80 a las entidades

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

que se rigen por ella –para efectos del perfeccionamiento y la legalización del contrato- un convenio interadministrativo, celebrado en las condiciones del caso concreto, debe cumplir con los requisitos especiales de esta ley, pues al ser más gravoso absorbe la flexibilidad del derecho privado, e impone –a través de una de las partes del contrato- el deber de ajustarse a sus requisitos.

En otras palabras, para la entidad regida por la ley 80 es imperativo respetar esta norma y cumplir todos sus requisitos, con lo cual terminará materialmente –no jurídicamente- involucrando a la otra entidad parte del negocio.

En este sentido, la ley 80 se convierte en una especie de régimen dominante sobre el derecho privado -por ser el que más exigencias tiene-, de allí que la otra parte del contrato debe ajustarse a los requerimientos más complejos, pues de no hacerlo pondría a la parte estatal que se rige por la ley 80 en condiciones de violación a dicho estatuto –con las consiguientes sanciones por este hecho-.

Aclarado lo anterior, retomemos la solución que la Sala le dio al caso: Se declaró la nulidad del acto administrativo que impuso la multa, por parte del ISS, porque en el derecho privado –que rigió el contrato- no es posible hacer justicia por mano propia.

El error de la Sala consiste en sostener que el convenio se rige por el derecho privado, cuando en verdad se trata de un régimen mixto; pero donde la ley 80 termina materialmente sometiendo –a nivel de requisitos- al derecho privado.

Ahora, desde mi punto de vista la solución del caso finalmente es la misma, pero por la siguiente razón: Efectivamente el acto que impuso la sanción es nulo, pero porque la entidad estatal que pretendía imponer la multa -esto es, el ISS- no tiene en este régimen jurídico la posibilidad de hacerlo, pues el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 prohíbe ejercer poderes exorbitantes entre entidades estatales, y por esta razón no tenía competencia para imponer la sanción”¹²⁶ (subrayado fuera del texto).

Es pertinente destacar la tesis desarrollada por el Magistrado citado, consistente en que el contrato interadministrativo en realidad tiene un régimen jurídico mixto, posición acorde con los postulados del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que dispone que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”, así como el artículo 32 que define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones

¹²⁶ *Ibíd.*

especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”, y el artículo 41 que refiere que *“las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*.

Se tiene entonces que en esta mixtura que comporta el régimen jurídico del contrato estatal, implica para el caso de la entidad pública contratante que se rija por la normatividad del EGCAP, frente al contratista cuyo régimen se encuentre exceptuado al del Estatuto General, que cada una de ellas actúe desde la normatividad que las rige, claro está, prevaleciendo la normatividad de la entidad contratante, por ser el dueño del proyecto y dada la primacía del estatuto contractual de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, eso sí conservando la potestad y forma de ajustarse a las exigencias que tiene uno de los contratantes, pero que el otro no requiere.

A modo de ejemplo, el Acuerdo 002 del 12 de febrero de 2008 *“por el cual se adopta el régimen que contiene las normas generales de los acuerdos de voluntades en la Universidad Nacional de Colombia”*, establece en el párrafo II del artículo 1º que *“cuando la Universidad actúe como contratista se ceñirá al régimen jurídico aplicable para el contratante”*, y en el mismo sentido, el artículo 96 de la Resolución de Rectoría No. 1551 de 2014 *“por medio de la cual se adopta el Manual de convenios y contratos de la Universidad Nacional de Colombia”*, refiere que *“la Universidad se sujetará al régimen legal aplicable al contratante. Sin perjuicio de lo anterior, en la revisión que se efectúe a las minutas de los contratos a suscribir no se aceptarán cláusulas que resulten lesivas para la entidad”*, siendo ambas disposiciones concordantes con lo expuesto.

Bajo estos supuestos, la entidad pública contratante al conservar las prerrogativas del Estatuto General, aun cuando el contrato tenga una

composición mixta con el régimen propio del derecho privado, y por ello cuenta con la autorización legal para imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato interadministrativo, la cual se concreta en el evento en que las partes convengan incluir esta cláusula en dicho contrato.

Ahora, en el evento en que la entidad contratante tenga un régimen especial de contratación, por regla general el contrato interadministrativo se sometería de forma prevalente a las normas propias de derecho privado, y a diferencia del caso anterior, al no contar con la autorización legal prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, puesto que tal normativa no lo rige, no contaría con la capacidad de imponer de forma unilateral las multas que de común acuerdo con el contratista pactó en el contrato interadministrativo, a menos que en la regulación legal de carácter especial que en materia de contratación las rija se disponga que pueden acudir a las instituciones de derecho público, y específicamente a las normas generales de contratación pública.

Siguiendo con el ejemplo de la Universidad Nacional de Colombia, se tiene que la Ley 30 de 1993 dispone en su artículo 93:

“Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos”.

En desarrollo de esta normatividad, el Decreto 1210 de 1993 *“por el cual se reestructura el régimen orgánico especial de la Universidad Nacional de Colombia”* en su artículo 29 refiere:

“La Universidad Nacional está facultada para celebrar toda clase de contratos de acuerdo con su naturaleza y objetivos. Los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebre la Universidad Nacional se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos”.

estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, salvo los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos en el Estatuto Nacional de Contratación y las disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan. Lo anterior sin perjuicio de que la Universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa (subrayado fuera del texto).

Así las cosas, el régimen de contratación de la Universidad Nacional de Colombia es el de las normas de derecho privado, y sin perjuicio de ello puede aplicar normas generales de contratación pública, lo cual es concordante con el carácter de mixtura del régimen del contrato estatal, encontrándose dentro de tales normas de contratación administrativa, las que regulan el pacto e imposición de multas.

Ahora, es pertinente citar el criterio de BENAVIDES, quien sostiene que *“la dinámica de los contratos de derecho privado y el principio de la autonomía de la voluntad permiten a las partes habilitarse para ejercer prerrogativas de manera unilateral. El efecto normativo del contrato lo integra este bloque de legalidad determinante de la competencia de la administración para imponer una multa. Por el contrario, ello significa que si las partes no han previsto multas o el mecanismo para imponerlas unilateralmente, la administración no puede arrogarse poderes ajenos a la Ley y al contrato”*¹²⁷.

Siguiendo con el criterio del autor, en razón del principio de la autonomía de voluntad se concreta la facultad que tiene la entidad contratante regida por el derecho privado para imponer las multas pactadas en el contrato administrativo, y así pueden habilitarse para ejercer esta prerrogativa de modo unilateral.

Al concurrir: i) la Ley al establecer el carácter de mixtura del contrato estatal, ii) la normativa especial del régimen de contratación de la entidad, que establezca

¹²⁷ BENAVIDES, José Luís. En: *Ámbito Jurídico*. Año IX. Número 196. Bogotá: (6 al 19 de marzo de 2006); p. 15.

la potestad de aplicar las normas e instituciones del EGCAP, y iii) la habilitación en el contrato interadministrativo, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, por la cual se faculta a la entidad contratante a ejercer esta prerrogativa de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y bajo el procedimiento dispuesto en la Ley 1474 de 2011; se establece la potestad unilateral de imponer las multas pactadas en el contrato interadministrativo, evidenciando el carácter de convencionalidad que ostenta tal facultad.

Considerando que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, el acuerdo entre las partes sobre el pacto de las multas y constituye un elemento fundamental en la habilitación para la imposición unilateral de esta prerrogativa, surgiría el interrogante de la practicidad de esta potestad, por cuanto la entidad pública contratista no estaría interesada en consentir un mayor control del negocio jurídico por parte de la entidad pública contratante; sin embargo, en este aspecto es pertinente citar la postura del Consejo de Estado¹²⁸ con relación a las multas, en el sentido de precisar que éstas no constituyen la materialización del derecho punitivo, sino que tienen un carácter negocial. En efecto, la intención de la entidad contratante de tener las facultades de ejecutoriedad y ejecutividad en tratándose de la imposición de las multas en el contrato interadministrativo, debe ir acompañada de mejores condiciones contractuales para la entidad pública contratista, es decir de argumentos negociales válidos, jurídicamente aceptables y en armonía con el principio de eficacia que rige la contratación estatal, que permitan a la entidad pública contratista salir de su zona de “*confort*” en la regulación de las multas bajo las normas de derecho privado, en donde la aplicabilidad solo correspondería al juez del contrato, y facilitando la aplicación del régimen general de contratación, incluyendo la aplicación de esta cláusula en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 30 de julio de 2008, Op. cit.

CONCLUSIONES

En razón de lo anterior, es pertinente concluir que a diferencia de las potestades excepcionales dispuestas en la Ley 80 de 1993, las multas se constituyen como una cláusula excepcional propiamente dicha, toda vez que implica una disponibilidad o acuerdo entre las partes para su inclusión, y es excepcional en cuanto a la prerrogativa exorbitante que le implica a la entidad contratante su aplicación.

Esta cláusula se diferencia de las potestades excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto que estas últimas establecen la excepcionalidad desde la inclusión de las mismas en el contrato estatal, y toda vez que el pacto de la cláusula de multas no depende de este articulado sino del acuerdo de las partes facultadas por las normas de derecho privado, no le es aplicable en este aspecto esa norma. Ahora, la aplicación de la cláusula de multas tiene su carácter excepcional reglado no en la Ley 80, sino en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que permite su aplicabilidad independientemente de la naturaleza de la parte contratista, y en ese sentido la prohibición de su inclusión en los contratos interadministrativos no le aplica, puesto que sólo restringe a las potestades exorbitantes de la Ley 80, mas no a esta cláusula.

Establecido este presupuesto, con relación a los contratos interadministrativos, superando la posición del Consejo de Estado¹²⁹, se tiene que el convenio interadministrativo es distinto al contrato interadministrativo, puesto que su fundamento jurídico en el primer caso se encuentra en la Ley 489 de 1998, mientras que el segundo encuentra su regulación en el EGCAP. Así mismo el contrato interadministrativo puede surgir de conformidad a dos situaciones, a) cuando la relación jurídica se someta al derecho público o b) al derecho privado,

¹²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Op. cit.

y dentro de este último, existen dos eventos, el primero según el cual la entidad contratante tiene el régimen del EGCAP, y el segundo, en el que la entidad contratante tiene un régimen excepcional a la contratación pública.

En el primer caso, partiendo del supuesto de que a la cláusula de multas no le es aplicable la prohibición consagrada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la administración tiene la potestad de imponer unilateralmente las multas pactadas con el contratista agotando el debido proceso dispuesto en el artículo 1474 de 2011, y dado el carácter de mixtura que identifica al contrato estatal en aplicación de normas tanto del derecho privado como del EGCAP.

En el segundo caso, si en el régimen especial de la entidad contratante se encuentra dispuesta la facultad de aplicar las normas e instituciones del régimen general de contratación pública, y si tal facultad encuentra su soporte en el contrato estatal que se celebre con la entidad pública contratista, se sustenta así la facultad de imponer las multas pactadas en el marco del contrato interadministrativo.

Ambas situaciones implican de conformidad con el carácter exclusivamente comercial de las multas, la intención de la entidad contratante de tener las facultades de ejecutoriedad y ejecutividad en tratándose del ejercicio de esta prerrogativa en el contrato interadministrativo, y por ello el contrato deberá tener mejores condiciones contractuales para la entidad pública contratista a cambio de esa garantía de mayor dominio sobre la ejecución del contrato.

Adicionalmente, sea del caso concluir que a partir de la presente investigación, surgen problemas jurídicos inherentes al tratamiento que se le dé la contratista incumplido en el marco del contrato interadministrativo, específicamente en cuanto a la inhabilidad por incumplimiento reiterado en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que si a la entidad pública contratista le son impuestas por ejemplo 5 o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos,

durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales, ¿sería objeto de inhabilidad para contratar con el Estado?, ¿se extendería tal inhabilidad a sus directores?, o en caso contrario dada la naturaleza pública de la entidad contratista, ¿no le serían aplicables tales disposiciones?

Así mismo, surge el interrogante del papel del ente de control fiscal ante la potestad de la entidad pública contratante de imponer multas en el marco de un contrato interadministrativo, en relación a los contratos regidos por el derecho privado referidos con antelación en los que las partes pueden pactar la aplicación del EGCAP frente al tratamiento de esta cláusula, y en definitiva habilitar al contratante a hacerlas efectivas de forma unilateral. Luego, al respecto surgiría la pregunta, si dadas las particularidades del contrato estatal así celebrado, el control fiscal de la entidad competente frente al mismo, ¿cuestionaría y sancionaría el hecho de que por ejemplo la entidad contratante haya optado por no proponer el pacto y/o aplicabilidad de las multas en este negocio jurídico?

Finalmente, el hecho de que a la cláusula de multas no le sea aplicable la prohibición dispuesta en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y por ende la entidad contratante se encuentre habilitada para imponer las multas pactadas en el contrato interadministrativo, abre el debate con relación a la aplicación de las potestades unilaterales que no se encuentran expresamente establecidas en el artículo 14 *Ibídem*, tales como la cláusula penal y la liquidación unilateral, por parte de las entidades contratantes en el marco de este negocio jurídico o incluso en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; 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. del referido 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.

BIBLIOGRAFÍA:**1. Doctrina**

BENAVIDES, José Luís. En: *Ámbito Jurídico*. Año IX. Número 196. Bogotá: (6 al 19 de marzo de 2006); p. 15.

BUITRAGO VARGAS, Yohan Manuel. *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial*. Bogotá D.C., 2014. 95 h. Trabajo de grado (Magister en Derecho). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 105 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. 421 p.

CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. 1ª ed. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2008. 454 p.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos, t.1, Parte general*. Buenos Aires: Desalma, 1977. 519 p.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. *La contratación estatal*. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEYER Editores, 2014. 498 p.

GARCÍA GÓMEZ, Armando. *Conveniencia de la exigibilidad de garantías de cumplimiento en los convenios interadministrativos*. Bogotá, 2011, 20 h. Trabajo de postgrado (especialización en contratación estatal). Universidad de la Sabana. Instituto de Postrados Fórum.

GARRIDO FALLA, Fernando, en colaboración con: PALOMAR OLMEDA, Alberto & LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo Parte general: conclusión. 12ª ed. España: TECNOS, 2005. p. 566.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la Contratación Pública en Colombia: análisis y comentarios del decreto 1510 de 2013. 1ª ed. Bogotá D.C.: legis, 2013. 166 p.

GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación. En: Revista Republicana [en línea]. No. 11 (jul.-dic, 2011). <<http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/Aplicacion-de-multas-y-clausula-penal.pdf#more-229>> [consultado el 23 de octubre de 2014]. ISSN: 1909 – 4450.

GÜECHA MEDINA, Norberto. Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. En: Opinión jurídica [en línea]. no.10 (Dic. 2006) <<http://revistas.udem.edu.co/ojs/index.php/opinion/article/view/128/112>> [consultado el 25 de mayo de 2014]. ISSN 2248-4078.

MENDIONA, Rubén. La inadecuada utilización de los convenios En: Revista Auditoría Pública [en línea]. No. 13 (junio, 1998) <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/199806_13_65.pdf> [consultado el 24 de octubre de 2014].

MORALES CASTRO, Carlos Javier. Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Bogotá D.C., 2012. 180 h. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Administrativo). Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia.

MORENO GARCÍA, Verónica del Pilar. Los contratos interadministrativos. Quito, 2011. 77 h. Trabajo de grado (Maestría en Derecho). Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Área de Derecho.

NIÑO ZAMBRANO, Arturo. Contratación Estatal: Delimitación: cláusulas excepcionales en contratos estatales. Bogotá D.C., 2011 30 h. Trabajo de grado (especialista en Contratación Estatal). Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho. Instituto de postgrados.

OSORIO MORENO, Néstor David. Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? En: Opinión jurídica [en línea]. Revista digital de Derecho Administrativo. No.10 (2013) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407621> [consultado el 15 de marzo de 2015]. p. 103 y 104.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 7ª ed. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. LTDA., 2014. 765 p.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS Editores S.A., 2014. 178 p.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la Contratación Estatal. 8ª ed. Bogotá D.C.: LEYER Editores, 2013. 1433 p.

RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. LA ACCION EJECUTIVA ANTE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA. 4ª edición. Medellín.: Librería jurídica Sánchez R. LTDA. 717 p.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Bogotá: Universidad Externado, 2008, 58 p.

SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. En: Revista digital de Derecho Administrativo [en línea]. no. 8 (jul, 2008). <<http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Enrique%20Santos%20Rodr%C3%83%C2%ADguez.pdf>>. [consultado el 28 de mayo de 2014]. ISSN: 2145-2946.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª ed. Bogotá D.C.: LEGIS Editores S.A., 2014. 520 p.

SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria: serie: Las cláusulas del Contrato Estatal. 1ª ed. Medellín.: Librería jurídica Sánchez R. LTDA. & Centro de Estudios de Derecho Administrativo - CEDA, 2014. 277 p.

VEDEL, George. Derecho Administrativo. 1ª ed. España: Aguilar. 1980. 759 p.

VICENTE BLANCO, José. La diferencia entre contratos y convenios [en línea]. Disponible en: < <http://contratacionestatal.blogspot.com/2006/04/la-diferencia-entre-contratos-y.html>> [consultado el 23 de octubre de 2014].

VICENTE BLANCO, José. Más sobre contratos y convenios interadministrativos [en línea]. <<http://contratacionestatal.blogspot.com/2010/08/mas-sobre-contratos-y-convenios.html>> [consultado el 20 de mayo de 2014].

2. Referencias jurisprudenciales

CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. C.P. Dr. Gustavo Aponte Santos. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00077-00.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Radicado No.: 11001-03-06-000-2006-00050-00.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 28 de septiembre de 2011. Radicado No.: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera - Subsección B. C.P. Dra. Stella Díaz del Castillo Stella. Sentencia del 6 de abril de 2011. Radicado No: 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicado No.: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicado No.: 05001-23-25-000-1995-01905-01 (21574).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. : 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicado No.: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Radicado No.: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 10 de mayo de 2004. Radicado No.: 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. No. 30832.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 4 de junio de 1998. Radicado No.: 13988.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 20 de junio de 2002. Radicado No.: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Consejo de Estado. C.P. Dr. Álvaro Namen Vargas. Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicado No.: 14579.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado No.: 52001-23-31-000-2003-00665-01 (32.797).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Casación Civil. C.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 20 de septiembre de 2005. Referencia: Expediente No. 04837-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. C.P. Dr. William Zambrano Cetina. Concepto del 28 de junio de 2012. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092).

CORTE COSTITUCIONAL. M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-134/09. No.: D-7371.