

LA MULTA Y LA CLÁUSULA PENAL COMO CLÁUSULAS EXCEPCIONALES IMPUESTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES POR LA ADMINISTRACIÓN DE MANERA UNILATERAL

Mónica Betancurt Carvajal*

RESUMEN**

El concepto tradicional frente a la Multa y a la Cláusula Penal, se había convertido en un choque de trenes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en los que se afirmaba en ocasiones que no eran cláusulas excepcionales, pero estos ircs y venires de las Cortes se acaban, y se afirma que a la administración en su calidad de tal, se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares. Poderes estos que se les conoce como cláusulas excepcionales, las cuales tienen la función de sancionar al contratista cuando éste ha incumplido el objeto del contrato; a estas pertenecen la multa y la cláusula penal, ya que la administración si tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, esas multas como cláusulas penales pactadas en el contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo de todos los actos administrativos.

* *Estudiante de Derecho de La Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, IX semestre, email: monica.betancurt@university.edu.co*

** *Artículo de Investigación vinculado al proyecto Responsabilidad del Estado por Corrupción en los Contratos Estatales adscrito a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal, Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas, USTA Tunja.*

PALABRAS CLAVE

Cláusulas excepcionales, multa, cláusula penal, contrato estatal, Corte Constitucional, Consejo de Estado.

ABSTRACT

The traditional front of the fine and penalty clause, had become, in a train crash between the council of State and constitutional Court. Which is sometimes claimed that they were not exceptional clauses, but these comings and goings end of the Cortes, and leads to state categorically that the administration in his capacity as such it confers a number of powers that do not

hold individuals, such powers which are called exceptional clauses, which have the function of penalize the contractor when it has breached the contract, to which belong the fine and penalty clause as the administration has competence to impose and of itself, without having to go to the judge, agreed penalty clauses such fines in the state contract, under the enforceability of all administrative acts.

KEYWORDS

Terms exceptional, fine, penalti, state contract, Constitutional Court, Council of State.

1. INTRODUCCIÓN

Para adentrarnos en el tema que nos ocupa debemos recordar en principio, que los contratos estatales están regulados por un régimen jurídico mixto, esto significa, que los contratos de la administración están regulados por el derecho privado, el cual está conformado básicamente por normas del derecho civil y comercial, y las normas especiales como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por regla general, para la existencia jurídica de los contratos estatales, sólo se requiere el acuerdo de voluntades, como en principio sucede en los contratos privados, aunque además del acuerdo de voluntades, hablamos de unas formalidades, como lo es, que éste aparezca en un documento, que representa el aspecto solemne del mismo.

En cuanto a sus estipulaciones expresa el Art. 40 de la Ley 80 de 1993:

“Las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley correspondan a su esencia y naturaleza”. Agrega que en estos contratos celebrados por 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 contrarias a la Constitución, la Ley, el orden público, a los principios y a las finalidades de la norma”.

2. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS ESTATALES:

Según Libardo Rodríguez (2000) en el escrito se deben contener:

a) Cláusulas comunes: Dentro de estas encontramos las relacionadas con

objeto, la cuantía o el valor y el plazo para la ejecución, las cuales son de forma expresa estipulación para que el acuerdo de voluntades se considere completo, características estas que son comunes a las de derecho privado.

b) Cláusulas especiales: Es una característica específica de los contratos estatales. Esta característica especial se da en cuanto a su contenido y sus efectos.

Por tanto, la Cláusula excepcional es cuando se obliga unilateralmente al contratista, por medio de un acto administrativo expedido por la administración pública; y es esta razón la que le da el nombre de potestades excepcionales del Estado.

Ahora bien, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, se despliega el concepto de cláusula penal, entendiendo como "en la que el deudor, si falta a su compromiso, tendrá que pagar al acreedor una suma de dinero cuyo monto, fijado de antemano, es independiente del perjuicio causado" (RAYMOND G., pág. 72).

De igual modo se desarrolla un segundo término, la multa, se entiende por MULTA: "sanción pecuniaria impuesta al autor de una falta, su monto no está en relación directa con el monto del perjuicio" (RAYMOND G., pág. 72).

Frente al tema de la multa y de la cláusula penal como cláusulas excepcionales, se han encontrado dos posiciones en las que son actores principales la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; la primera de estas posiciones advierte que la multa y la cláusula

penal no pueden ser cláusulas excepcionales de la administración pública, y la segunda, expresa que sí pueden ser cláusulas excepcionales del Estado; sin embargo, estos enfoques han llevado al legislador acabar con esa inseguridad jurídica que creaban estas dos entidades; de conformidad a lo anteriormente expuesto encontramos estas posiciones.

A. PRIMERA POSICIÓN: ADUCE QUE LA MULTA Y LA CLÁUSULA PENAL NO SON CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia T-134 de 2000 expresa la finalidad y las características principales de las potestades excepcionales en materia de contratación estatal.

Como lo ha establecido esta corporación "los contratos estatales no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz".

A través de las potestades excepcionales de la Administración gozan de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos; pero la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que dispone que los servidores públicos deben ejercer sus

funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Art. 123 y 6 CP).

Sobre el ejercicio de estos poderes el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, (1994, Abril) ha manifestado que:

Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitante o excepcionales. El hecho de que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da aspecto propio, porque el contrato no es la fuente de la que proviene el poder para expedirlos, si no está únicamente en la Ley, esos poderes, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.

Surge de esta manera un interrogante ¿Por qué entonces son poderes excepcionales del Estado si no pueden ser impuestos de manera unilateral? Pues bien, esto lleva a criticar esta sentencia, ya que como se ha expresado en un principio, se les llama cláusulas excepcionales porque la Administración puede de manera unilateral hacerlas cumplir, con el fin de garantizar el acatamiento del contrato, de este modo y teniendo en cuenta que el fin de la multa y de la cláusula penal es garantizar el cumplimiento de la obligación, deben ser, por tanto, impuestas de manera unilateral y no esperar hasta que el juez las haga efectivas.

Encontramos, un nuevo pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (2004, Mayo); hace referencia a la inaplicabilidad de las cláusulas excepcionales en convenios interadministrativos.

En el ordenamiento legal aparece una restricción en los Contratos Interadministrativos para la utilización de los poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, generando la relación horizontal de la administración Estado que impide, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Por ello, el parágrafo del Art. 14 que habla de los medios que puede utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala en los contratos interadministrativos, entre otros, se prescindirá de la utilización de las cláusulas excepcionales.

Esta 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 representan a la administración pública gestora del interés general y por tanto no impera frente a éstas, en mundo de negocios, los poderes coactivos.

Esto quiere decir que, no solo no se podrán pactar cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos, si no que además, si se desea en dado caso pactar la multa y la cláusula

la penal se podrá hacer, pero para su cumplimiento se deberá ir ante el juez del contrato; situación que en la actualidad se desarrolla de igual manera con el fin de garantizar el principio de igualdad a las entidades estatales que se encuentren involucradas en el desarrollo del mismo.

De acuerdo a la de la Corte Constitucional (Sentencia C-1514 de 2000) la cual es explícita en lo referente a la interpretación unilateral y cláusula excepcional ha dicho:

Para que proceda el ejercicio de la cláusula se señalan dos requisitos: que las disposiciones objeto de la interpretación puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el contrato y, que existe un intento de acuerdo previo.

Considera la Corte (Sentencia C 1514 de 2000)¹ que:

La ley únicamente autoriza a la administración a interpretar unilateralmente las cláusulas de un contrato si, a la falta de un acuerdo con la contraparte, se compromete la realización de algunos fines estatales como lo es prestar un servicio público. En resumen, solamente procede a fin de asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional.

En este aspecto, encontramos una nueva limitación de la cláusula excepcional, pues se advierte que la ley, únicamente autoriza a la administración a interpretar unilateralmente las cláusulas de un contrato, cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo y esto imposibilite la realización del fin principal de la administración como lo es prestar un servicio público, pues realmente el fin de la cláusula excepcional es garantizar la realización del objeto del contrato para asegurar su cumplimiento, por tanto estas cláusulas no se deben dar con este carácter limitado ya que esto impide el ejercicio coercitivo de las mismas.

En este punto interviene la Corte frente a un tema que es importante darle claridad; según lo estipulado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-454/94, la cláusula excepcional, "es viable la terminación unilateral del contrato por incapacidad física del contratista" (Corte Constitucional, Sentencia No. C-454/1994).

Debe advertirse que la terminación unilateral, es un mecanismo de la administración que le permite darlo por terminado, cuando se presentan determinadas situaciones sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, por consideraciones que se relacionan con exigencias del servicio público, situación de orden público, incapacidad del

1. *Sólo procede la interpretación unilateral para asegurar el cumplimiento de un mandato Constitucional, pues es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Colombia, Corte Constitucional Sentencia 1514. 2000 Bogotá.*

2. *La Ley ha previsto que el contratista tiene derecho de solicitar que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.*

contratista de ejecutarlo totalmente, debido a factores como lo son muerte, incapacidad física, y de carácter patrimonial.

Para esta corporación (1994):

La incapacidad física a que se refiere el Art. 17 de la Ley 80 de 1993, debe interpretarse en el sentido de que aquel impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependen de las habilidades físicas del contratista. En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta, y determinar, según sea conveniente la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato, pues en ocasiones a pesar de la incapacidad física permanente puede ejecutar el mismo.

Lo que pretende este punto es simplemente, dar solución a situaciones diferentes a la muerte del contratista, que causen de manera sobreviniente la posibilidad de incumplimiento del contrato, pues en estos casos para salvaguardar el interés público del contrato, es necesario que la administración cuente con mecanismos que le brinden la oportunidad de continuar con la ejecución del contrato, y dejar sin efectos un acuerdo que no pueda cumplirse, sin que se deba sancionar al contratista.

En este aspecto se advierte que, si se podrá terminar el contrato por incapa-

cidad absoluta del contratista, sin embargo no se da claridad a lo que pueda suceder si la incapacidad es relativa, situación que sería diferente, pues en este caso si el contratista puede realizar la obra, eso quiere decir, si su incapacidad no le impida desarrollar el objeto del contrato y sin embargo ha incumplido por hechos ajenos a su limitación y a su voluntad, la entidad podrá hacer uso de los poderes excepcionales.

Por último, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, (2005, Octubre) Sentencia 14579 de alude que "en ninguna disposición de la Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria"

Así mismo, el consejo de estado (2005, Octubre) ³ señala que:

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, pero lo que no puede hacer, 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.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, aun cuando sean pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial que nos

3 La plena aplicabilidad de los principios del derecho privado, se convierte en la principal consecuencia de la restauración del postulado de la autonomía de la voluntad como principio cardinal en la contratación estatal (artículos 13 y 14), salvo, como se advierte, los materias que por pertenecer al ámbito público no pueden quedar al arbitrio de las partes.

... en caso que la administración llegue a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez, a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, concluyendo que carece el Estado de competencia alguna para introducir en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, por ende carecería de la facultad para imponerlas unilateralmente.

Hasta este punto encontramos la primera posición, en la que las jurisprudencias de la Corte Constitucional y las del Consejo de Estado nos muestran que no es viable la multa y la cláusula penal como cláusula excepcional de la administración; porque a pesar de admitirse que la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, debe acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en caso de que se quiera reclamar un derecho que surgió del incumplimiento del mismo, sin embargo; se encuentra una salvedad como es el caso de la incapacidad física del contratista, antes expuesta.

B. SEGUNDA POSICIÓN: ADUCE QUE LA MULTA Y LA CLÁUSULA PENAL SÍ SON CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

Según lo estipulado en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ (2000, Marzo), se considera la aplicación y oportunidad de las multas:

1. En esta sentencia se analiza lo referente al tema de la cláusula penal y se logra observar cómo no solo la multa si no la cláusula penal podrá ser impuesta unilateralmente por parte del Estado. La sala observa con claridad, que si durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial no hace posible su ejecución, justificará la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento. Pero si por el contrario, el incumplimiento es de mayor entidad, la administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, además de ordenar la liquidación del contrato.

Cabe aclarar en este punto que la caducidad es sinónimo de sanción, y no siempre el incumplimiento del contratista se da por negligencia, pues puede existir un hecho extraño, como lo es el caso fortuito o fuerza mayor, que le impida al contratista cumplir con la obligación pactada, generando esta situación el siguiente interrogante ¿hasta qué punto debe responder el contratista por su incumplimiento cuando el mismo se ha generado por un hecho extraño? Pues bien, esta pregunta lleva a recordar la noción de caso fortuito o fuerza mayor, que el Art. 64 del Código Civil, da la siguiente definición: "se llama caso fortuito o fuerza mayor el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

⁴ En el derecho privado para que la cláusula penal se haga efectiva debe ir ante el juez y como medio probatorio debe ir el contrato.

De lo anterior se deduce que si el contratista es víctima de un hecho ajeno a su voluntad, se encuentra frente a la exoneración de responsabilidad; esto quiere decir según Valencia (1986) que:

A pesar de existir el incumplimiento por parte del contratista, no estaría incurso el mismo en la potestad sancionatoria por parte de la administración, o sea, que la facultad exorbitante que tiene la entidad contratante no sería aplicable al incumplido.

Por otro lado, la Sala refiriéndose a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de sus poderes exorbitantes y concretamente los sancionatorios, en el Consejo de Estado (sentencia 13 de 1999, expediente No. 10.264)⁵, precisó hasta cuando puede la administración hacer uso de dichos poderes, de los cual se resaltan los siguientes apartes:

Sin duda, cualquiera que sea el tipo de contrato que celebre la administración dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto, puesto que puede asumirse como un negocio jurídico a plazo fijo, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal; construir la obra, entregar los suministros, etc., y la administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias como las multas, caducidad y cláusula penal frente al incumplimiento del contratista. Pero si bien es cierto, en la ma-

yoría de los casos el término del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas. Lo cual se cumple en la etapa de liquidación del contrato en donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.

Cabe tener en cuenta que por regla general, las cláusulas se aplicarán en la ejecución del contrato, sin embargo; conforme a la naturaleza de estas dos cláusulas se entiende que si se está frente a la multa, la cual tiene un carácter eminentemente sancionatorio, o sea; se encuentra vigente mientras esté vigente el contrato, vencido el plazo no será necesaria pues no podrá conminar al contratista; por otro lado, la cláusula penal por tener un carácter resarcitorio se aplicará en la etapa de terminación del contrato o en el plazo de ejecución pero antes del acta de liquidación.

En este sentido la sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia del Consejo de Estado (1988, Enero 29),

5. La discusión de que si el incumplimiento del contratista podía declararse por la administración directamente por vencido el plazo del contrato, fue definido en forma clara por la jurisprudencia desde aquella pronunciación.

Exp. 3615⁶, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que:

La administración podrá declarar el incumplimiento o la caducidad después del vencimiento del plazo contractual de la ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste. La sala precisa que la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, son válidos si se efectúan dentro del plazo para cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (1999, Mayo 11) No. Radicación 10196 crea el siguiente interrogante, ¿Para qué se de la Cláusula penal la administración no tiene que demostrar perjuicios? y comenta lo siguiente:

Para la Sala los poderes exorbitantes entregados a la administración dentro del contrato tienen la finalidad de garantizar una prestación en forma adecuada del servicio público, lo cual la dispensa de probar el daño que le causa o puede causar la inejecución del contratista y es éste a quien le corres-

ponde acreditar que con su retardo no ha causado ningún perjuicio a la administración. No es otro el sentido que tiene el pacto de la cláusula penal, ya que la parte que la reclama no tiene que justificar la existencia de un perjuicio y era éste el alcance del Art. 72 del Decreto 222 de 1993 cuando expresaba que es el pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

Lo que aquí se expone es que se invierte la carga de la prueba, esto quiere decir, que no es responsabilidad de la entidad administrativa demostrar el incumplimiento del contrato, es menester del contratista demostrar que cumplió en el tiempo estipulado o que su incumplimiento se realizó por un hecho ajeno, y en caso de que éste no logre contrariar las pretensiones de la entidad, será efectiva la cláusula penal, como mecanismo resarcitorio.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (1998, 4 de Junio) No. de radicación 13988⁷, ha hecho referencia a las Multas en la Contratación Estatal:

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del Art. 32 de la Ley 80, son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes contratantes que están obligados a cumplirlos

6 *Practicada la liquidación del contrato, o vencido el plazo para hacerla por mutuo acuerdo u unilateralmente por parte de la administración, a falta de esta actuación dentro de los dos (2) meses siguientes según el Art. 136 Numeral 10 Literal d Ley 80, la administración queda despojada de sus facultades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatada por el juez.*

7 *Las razones que justifican la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen siendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa.*

en su tenor. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción de sus cláusulas y a los pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas son inalterables. La reiterada posición de la Sala ha sido que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en los que se ejercitan tales poderes cuando se expiden por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar el incumplimiento.

En este momento se observa con claridad que la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en el contrato estatal, para dar cumplimiento a los fines estatales, la efectiva y eficiente prestación de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos, siendo utilizada estas cláusulas para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.

El Consejo de Estado (2004, 18 de Marzo) No. de Radicación 15936, ha dicho que frente a la declaratoria del incumplimiento del contrato:

Vencido el plazo del contrato, éste se coloca en la etapa de liquidación, pero

no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no puede hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluarse cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.

Lo que se quiere expresar es que las sanciones impuestas, son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo, pero si se pretenden hacer válidas en el acta liquidatoria esto ya no será procedente, teniendo en cuenta la temporalidad de las mismas.

Así mismo, el Consejo de Estado, (1998, 4 de Julio), ha hecho referencia a la competencia temporal para imponer las cláusulas excepcionales, tema al cual se ha hecho referencia en la jurisprudencia anterior.

A pesar que la multa y la cláusula penal no son nombradas por el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, el problema se resuelve al observar que las entidades estatales han adelantado las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias, con el fin de conminar a la parte incumplida, es por esta razón que la multa y la cláusula penal se toman como mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento del contrato, advirtiéndose que si el contratista incumple será acreedor de las sanciones acordadas por las partes.

De ese modo, el Consejo de Estado (1998, 4 de Junio) ⁸ señala que:

«Frente a la cláusula penal, por otro lado, la ley se ha referido aduciendo en que es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

De estas dos previsiones se desprende que es completamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar en sus cláusulas una pena y una multa, en caso de ejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor. Por tanto el mutuo acuerdo de las partes tiene validez en los contratos estatales, puesto que estos son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes que están obligadas a cumplirlos.

Por su parte; la doctrina extranjera consideró que:

Mientras la contratación en el derecho común supone esencialmente la existencia de la igualdad entre los contratantes, en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida, que una de ellas repre-

senta el interés general, el servicio público, y la otra sólo exhibe su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la administración titular del servicio público no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo está a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con lo cual consiente en colaborar; la administración por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio de derecho común, a indemnizar al contratista en caso de que la ampliación de sus obligaciones causa a este un perjuicio anormal. Que no podía razonablemente prever en el momento de contratar.

Así mismo, el Consejo de Estado (1998, 4 de Junio) ⁹ señala que:

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

La doctrina francesa habla por ello, expresivamente, de un "privilegio du

⁸ Esta sentencia hace referencia al Art. 867 del C.CO., el cual determina que cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

⁹ Art. 77 de la Ley 80 dispone que en cuanto serán compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicadas en las actuaciones contractuales.

préaleable, privilegio de decir previamente a toda intervención del juez, en el doble sentido de que para ser obligatoria la decisión administrativa no precisa del previo control judicial y de que ese control solo es posible cuando la administración previamente ha decidido de manera ejecutoria.

3. CONCLUSIONES

Se asegura categóricamente que la administración si tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas y la cláusula penal pactadas en el contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo de todos los actos administrativos, y esta actuación legítima de la administración, no solo tiene su respaldo legal en las normas privadas sino también en lo Contencioso Administrativo, como un medio más que le permite a la administración la ejecución de sus actos.

Además, en razón a la inseguridad jurídica que se daba por estos ir y venir de las Cortes, el legislador, ingresa para corregir el problema con la Ley 1150 de 2007 en la que cabe aclarar que a pesar que esta no las nombra como cláusulas excepcionales, les dio unas características y efectos que las conducen a ser reconocidas como tales, pero regidas ante todo por el debido proceso el cual es principio rector frente a la aplicación de estas sanciones en materia contractual. Esta determinación obliga a observar todo lo que la Corte Constitucional ha desarrollado en esta materia entre otros aspectos; respecto al principio de legalidad, derecho a la contradicción, a la defensa, a la controversia probato-

ria, a la presentación de recursos, etc.; siempre que se trata de imposición de sanciones.

En tal razón el Art. 17 *ibidem* advierte, que en desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponden a las entidades sometidas al Estatuto General de la Administración pública, tendrá 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 el cual deberá tener un procedimiento mínimo. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Cláusulas estas que para su exigencia tiene unos mecanismos que la misma norma indica, aclarando que se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir 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.

Por otro lado se aclara legalmente y de una vez por todas que la imposición de las multas es competencia de la administración pública y que por lo tanto, no es necesario acudir al juez del contrato para que las imponga; en semejante sentido, la efectividad de la cláusula penal depende en adelante única y claramente del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento del contrato.

Todo esto se concluye advirtiendo que se termina en el país un periodo de años de controversia doctrinal y jurisprudencial que tan solo eran contradictorios haciendo que estos mecanismos de control fueran inanes y generaran una inseguridad jurídica.

4. BIBLIOGRAFÍA

- RAYMOND, J. V. (2004). Diccionario Jurídico, Segunda Edición, Cuarta Representación, TEMIS.
- RODRÍGUEZ, L. (2000). Derecho Administrativo General y Colombiano. Duodécima Edición, TEMIS.
- VALENCIA, A. y ORTIZ, A. (1986). Derecho Civil de las Obligaciones. Novena Edición, Tomo III TEMIS.
- Colombia, Congreso Nacional de la República Ley 1150 DE 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.
- Colombia, Congreso Nacional de la República Ley 80 del 28 de Octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá
- Colombia Código Civil de Colombia, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, noviembre ocho (8) de dos mil 2000) C-1514, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (veinte de Octubre 1994), C-454, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2000). T 1341, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado (1994, 13 de Abril), Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado, (1998, 4 de Junio). No. Radicación 13988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado, (2000, 9 de Marzo). No. Radicación 10540, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado. No. Radicación 15936, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado, (2004, 20 de Mayo). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá.
- Colombia, Consejo de Estado, (2005, 20 de Octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá.