



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación interna: 2157

Número Único: 11001-03-06-000-2013-00384-00

Referencia: Multas en la contratación estatal. Procedimiento para la imposición de multas. Contratos celebrados antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007.

La señora Ministra de Transporte formula a la Sala una consulta relacionada con la posibilidad de modificar el "régimen sancionatorio" previsto en el contrato de concesión No. 6000169 OK – 2006, celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (en adelante Aerocivil) y la Sociedad Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. (en adelante OPAIN S.A.)

I. ANTECEDENTES

La señora Ministra realiza la consulta a partir de dos consideraciones generales: "marco legal" y "antecedentes" fácticos.

1. En cuanto a la primera, cita el artículo 48 de la ley 105 de 1993 relativo a la "descentralización aeroportuaria", el cual contempla la posibilidad de entregar en concesión los aeropuertos. Alude a los documentos CONPES 2727 de 1994 y 2928 de 1997 este último denominado "*La Participación Privada en Infraestructura-Seguimiento*". En el anexo 4 de ese documento, "*Sector Aéreo- Concesiones del Sistema Aeroportuario*", se dijo que "*para el proceso de concesión del aeropuerto Eldorado de Bogotá*" se contrataría un "consultor especializado para que asesore al Gobierno en la estructuración del proyecto, la elaboración de los pliegos de condiciones y la promoción del mismo a nivel nacional e internacional...".

Posteriormente menciona los artículos 16 de la ley 80 de 1993, 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011, relacionados con la modificación unilateral de los contratos estatales, la aplicación del derecho al debido proceso en materia sancionatoria contractual y el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento que deberán observar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, respectivamente.

2. En relación con la situación fáctica que motiva la consulta la señora Ministra expone que de conformidad con las recomendaciones de los documentos CONPES, se celebró el contrato de consultoría No. 000000247 del 15 de julio de 2004 para la estructuración financiera, legal y técnica y puesta en marcha del esquema de vinculación de capital privado para el mejoramiento, mantenimiento y operación del Aeropuerto Internacional El Dorado.

Con el proyecto resultante de dicha consultoría se dio inicio a la licitación pública No. 5000091-OL de 2005, cuyo objeto fue la *“Concesión para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá”*. Agrega que ese proceso de selección contó con el acompañamiento permanente del estructurador y de los miembros del equipo de evaluación y calificación, creado por la Aerocivil mediante resolución No. 02536 de 16 de junio del 2006.

Informa que en los pliegos de condiciones de la mencionada licitación se estableció un “régimen sancionatorio”, el cual fue objeto de cuestionamientos en la etapa precontractual por parte de los posibles proponentes, así:

“CLAÚSULA 63 (varias estipulaciones dentro de la misma que señalan que las multas se impondrán mediante acto administrativo expedido por Aerocivil).

¿Cómo procederá la Aerocivil con respecto a la imposición por medio de acto administrativo, teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera del Contencioso Administrativo, Sentencia de octubre de 2005 — Expediente No. 14579 — C.P. Dr. Germán Rodríguez) en cuanto a que la administración no puede imponer multas a través de actos administrativos, puesto que la Ley no contempla dicha facultad exorbitante?”. (Paréntesis textuales).

Relata que frente a esa pregunta la Aerocivil respondió: *“Su observación sería evaluada y, si era del caso, se adoptarían los ajustes pertinentes mediante Adenda”*.

Agrega que, posteriormente, en la segunda ronda de preguntas y respuestas, se indagó por uno de los posibles proponentes lo siguiente:

*"COMENTARIOS A LA NUEVA VERSIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN
Cláusula 65.2.4*

La última parte de esta cláusula proyecta una imagen muy negativa de la actitud potencial de la Aerocivil en la futura administración del contrato de concesión. Recomendamos que la Aerocivil cumpla a cabalidad con las decisiones, incluyendo aquellas relacionadas con las sanciones." (Mayúsculas textuales).

Señala que en respuesta a este cuestionamiento la Aerocivil manifestó:

"La referencia contenida en el numeral 65.2.4 mencionado en su pregunta, no pretendía legitimar un comportamiento arbitrario de Aerocivil frente a las decisiones del Amigable Componedor, sino la tendencia de la jurisprudencia colombiana que, hasta la sentencia 14579 de 2005, emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, obligaba a imponer las multas mediante acto administrativo.

No obstante lo anterior, puesto que la jurisprudencia ha sido modificada mediante la sentencia anteriormente señalada, se haría la modificación correspondiente mediante Adendo".

Indica que con ocasión de estos cuestionamientos, la Aerocivil expidió el 10 de mayo de 2006 la Adenda No. 3 de la Licitación Pública No. 5000091-OL de 2005, en la cual entre otros aspectos, se eliminó la posibilidad contemplada inicialmente en el pliego de condiciones consistente en que la Aerocivil pudiera imponer multas mediante acto administrativo, y por ende, en el contrato de concesión 600169OK de 2006 no se incluyó esta posibilidad, "consultando la línea jurisprudencial contenida en la sentencia de octubre de 2005 – expediente No. 14579".

En este sentido, alude expresamente a la cláusula 63 de ese contrato en donde se establecieron los incumplimientos por los que se pueden causar las multas, se enlistaron estas y se fijó el procedimiento para hacerlas efectivas en caso de generarse dichos incumplimientos; igualmente, agrega que se contempló para las partes la posibilidad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el contrato en caso de desacuerdo con la causación de las multas.

Sobre la citada cláusula y el entendimiento que sobre la misma puede darse a raíz de la expedición de la ley 1150 de 2007, refiere un concepto emitido por una

de las firmas que hacía parte de la consultoría que tuvo a su cargo la estructuración del proceso de concesión, en donde se concluyó que el parágrafo transitorio del artículo 17 de dicha ley, *"no es aplicable al contrato de concesión, lo que implica que a falta de acuerdo entre las partes, deberá acudir siempre a un tercero para la solución de la controversia, tercero que puede ser, si lo acuerdan las partes, el Amigable Composedor o, en su defecto, el juez del contrato que no es otro que el Tribunal de Arbitramento"*.

Por otra parte, frente a las multas en el contrato de concesión 600169OK de 2006, en la consulta se informa sobre la existencia de dos (2) laudos arbitrales proferidos por Tribunales de Arbitramento, el primero convocado por el Concesionario OPAIN S.A. y el segundo por la Aerocivil, mediante los cuales se dirimieron controversias sobre la causación de las multas por incumplimientos del referido contrato.

Por último, menciona los hallazgos realizados por la Contraloría General de la República con ocasión del contrato de concesión 600169OK de 2006, en particular el del mes de diciembre de 2012, en el que se señala:

"Hallazgo No. 7: Mecanismo de imposición de Multas — Administrativo y Disciplinario.

El mecanismo de imposición de multas contempladas en el contrato de concesión del aeropuerto El Dorado, desdibuja el objetivo de la multa en el contrato estatal ya que ésta consiste en apremiar al contratista por una situación de incumplimiento y en este caso, el multado tiene la posibilidad de aceptar si se le puede imponer o no la multa; debido a que se tiene que esperar la citación de un Tribunal de Arbitramento para que este sea el que resuelva el asunto, situación que no resulta lógica ni permite tomar acciones para mejorar el desarrollo del contrato. Esta situación ignora el principio de que el Estado es quien debe tener la dirección del contrato estatal y el aseguramiento de los intereses públicos por parte de la administración como lo establece la Constitución Política y los artículos 3, 4 y 74 de la Ley 80 de 1993.

Las multas deben ser oportunas y ágiles pues de no ser así, la multa no cumpliría su función de apremio.

Frente a esta situación ya señalada por la CGR en auditorías anteriores, no se evidencia que se hayan explorado nuevos mecanismos de imposición de los multas y poder así dar cumplimiento en los artículos citados".

Con base en tales consideraciones, el Ministerio de Transporte formula las siguientes

PREGUNTAS:

"1. ¿Estaría la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, facultada para entrar a modificar unilateralmente el régimen sancionatorio y coercitivo contenido dentro de la cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 6000169OK - 2006, atendiendo lo establecido en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993?

2. Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión No. 6000169 OK - 2006, suscrito entre la AEROCIVIL y OPAIN, es anterior a la entrada en vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en caso de un posible incumplimiento del concesionario y como medida de apremio ¿Podría la entidad imponer una multa aplicando lo establecido en el citado artículo 17 ibídem, aunque en el contrato no se haya contemplado dicha posibilidad?

3. En caso afirmativo ¿Podría la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, desconocer el procedimiento sancionatorio regulado en la cláusula 63 del citado contrato de concesión y aplicar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?

4. En caso de ser afirmativas las anteriores respuestas ¿Cuáles son los requisitos necesarios o indispensables para que la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil proceda a la modificación unilateral del contrato de concesión conforme a lo antes planteado, en lo que respecta a la cláusula de multas?

5. ¿Pueden los organismos de control exigir una modificación contractual al régimen sancionatorio contemplado en el contrato de concesión?, en este sentido, ¿Es viable que se modifique el régimen sancionatorio acordado por las partes en el contrato de concesión, para subsanar los hallazgos planteados por los organismos de control?

6. Las decisiones contenidas en los Laudos Arbitrales de fecha 28 de septiembre de 2010 y 4 de octubre de 2012 en lo que respecta al régimen sancionatorio contenido dentro del Contrato de Concesión No. 6000169OK-2006 ¿Se considerarían precedentes judiciales que podrían aplicar el concedente y el concesionario?"

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Los antecedentes y preguntas formuladas por el Ministerio de Transporte determinan que la cuestión de fondo a resolver por parte de la Sala consiste en establecer si la Aerocivil, como entidad estatal concedente, está facultada para

imponer y hacer efectivas las multas pactadas en el contrato estatal de concesión 6000169OK de 2006, por los posibles incumplimientos del concesionario OPAIN S.A. Específicamente se indaga sobre la procedencia de realizar una modificación unilateral del contrato con base en el artículo 16 de la ley 80 de 1993.

Con el fin de resolver la consulta será necesario analizar en el ámbito del derecho de la contratación estatal, la regulación sobre la cláusula de multas y la competencia y procedimiento para su imposición, para lo cual se recordará lo que ocurría en esa materia antes de la vigencia del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, la competencia otorgada por dicha norma y las modificaciones que se produjeron, así como el procedimiento previsto actualmente en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011; posteriormente se estudiará el *"régimen sancionatorio"* del contrato de concesión 6000169OK de 2006, lo que permitirá dilucidar si resultan aplicables los artículos 17 de la ley 1150 y 86 de la ley 1474, considerando que el contrato se celebró antes de la vigencia de estas leyes; por último, se estudiará la posibilidad de modificar unilateralmente el mencionado contrato con base en el artículo 16 de la ley 80 de 1993.

La Sala advierte que, aun cuando en la consulta se informa sobre la existencia de dos laudos proferidos por tribunales de arbitramento que decidieron controversias originadas en incumplimientos del contrato de concesión y las multas derivadas de los mismos, en ellos no se discutió la potestad de la administración para imponer las multas mediante acto administrativo, por la sencilla razón de que, según la cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169OK de 2006, las *"consideraciones de la Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo"*.

De esta manera, el problema jurídico de la presente consulta, expuesto en precedencia, no ha sido objeto de consideración ni mucho menos de decisión por los laudos arbitrales que, según se dice en esta, han sido emitidos con base en el precitado contrato de concesión. Por otra parte, los hechos allí discutidos son anteriores a la consulta que se hace a la Sala y, por lo mismo, lo decidido en esas providencias vincula a las partes en los casos concretos, pero en manera alguna se refieren a circunstancias actuales o futuras como las que ahora se plantean.

Por consiguiente, es procedente el ejercicio de la función consultiva, comoquiera que la temática materia de la consulta no ha sido objeto de decisión judicial o arbitral, ni actualmente está sometida, según lo informado por el ministerio consultante, a debate de tal naturaleza.

B. El pacto de multas en la contratación estatal y la incompetencia para su imposición unilateral antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007

El interés público que se pretende satisfacer a través de la actividad contractual, está sujeto a que el contratista colaborador (artículos 3 y 5, num. 2, ley 80 de 1993) cumpla con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato, es decir, se supedita a que ejecute cabalmente su objeto. Por esto el orden jurídico atribuye a la Administración potestades de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato estatal.

En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el *ius puniendi* del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.

La ley dota entonces a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista, castigarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones o incluso separarlo de la ejecución del contrato mediante la ruptura del vínculo (caducidad) en caso de ser necesario para la prestación regular, continua y eficiente del objeto contractual y en procura de la satisfacción sin interrupciones y demoras del interés público perseguido con su celebración.

Así pues, en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas, el contratista se encuentra sujeto al poder sancionatorio o coercitivo de la Administración, cuyo ejercicio en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, etc.).

En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (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.

Por regla general las multas tienen 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. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo¹, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual.

Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado².

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 28 de abril de 2005, exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, exp. 14.289.

² En este sentido es preciso citar el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que establece:

“Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

- a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
- b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
- c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto.[...]"³.

Al entrar en vigencia la ley 80 de 1993 se generó una discusión acerca de la subsistencia o no de este poder exorbitante de la Administración, toda vez que ni el artículo 14 ni otra norma de la citada ley fueron expresos en consagrarlo. Así, un sector de la doctrina consideró que había desaparecido la obligatoriedad de pactarla e incluso la posibilidad de pactarla con ese carácter, mientras otro estimó que, aun cuando ya no era una potestad excepcional, ello no significaba que no se pudiera pactar, quedando solo la duda de si resultaba viable imponerlas y hacerlas efectivas directamente por las entidades públicas, esto es, sin acudir al juez del contrato.

Inicialmente con ocasión de este debate, y pese a que se analizó un contrato de derecho privado de la Administración y en el cual no se había pactado la cláusula de caducidad, celebrado en vigencia del estatuto contractual anterior (decreto - ley 222 de 1983), la jurisprudencia se inclinó por la tesis según la cual era posible que en ese tipo de contratos se pactara la cláusula de multas en virtud de la autonomía de la voluntad, pero no así que pudiera ser aplicada la multa en forma directa y unilateral por las entidades públicas sino que le correspondía al juez determinar su imposición. Esta orientación fue expuesta en los siguientes términos:

"...[E]l Art. 71 del Decreto 222 / 83 señala en los contratos administrativos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial. Esa facultad es una manifestación del poder coactivo de que goza la administración frente a los particulares, en este caso los contratistas, con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado. Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222 / 83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el

*derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos...*⁴

Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la anterior tesis en vigencia del nuevo régimen de la ley 80 de 1993, dado que consideró que ella no había consagrado ni las multas ni la cláusula penal pecuniaria, como cláusulas del contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias; así discurrió:

*"...Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley..."*⁵

Tiempo después cambió este criterio jurisprudencial, para prohiar la posibilidad de que las entidades públicas impusieran directamente multas y declararan incumplimientos para hacerlas efectivas, es decir, reconoció la existencia de la potestad exorbitante en la ley 80 de 1993, con fundamento en que de acuerdo con las normas civiles y comerciales (arts. 1592 C.C. y 867 C. Co.), aplicables al contrato estatal por expresa remisión del artículo 13 del citado estatuto, era lícito pactar las multas para asegurar su ejecución, y que ellas, podían ser impuestas unilateralmente por las entidades públicas contratantes, sin necesidad de acudir al juez, en ejercicio de la potestad de autotutela declarativa de la que es titular la Administración, esto es, la posibilidad de proferir actos administrativos constitutivos de derechos y obligaciones a terceros, en este caso, del contratista, y en virtud del carácter ejecutivo que, como regla general, otorga el artículo 64 del anterior C.C.A. a todos los actos administrativos. Al respecto, esta Corporación dijo:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9288.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669. En el mismo sentido, sentencias del 16 de noviembre de 1994, exp. 8449; 10 de 1995, 15 de agosto de 1996, exp. 8358, entre otras.

*derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos...*⁴

Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la anterior tesis en vigencia del nuevo régimen de la ley 80 de 1993, dado que consideró que ella no había consagrado ni las multas ni la cláusula penal pecuniaria, como cláusulas del contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias; así discurrió:

*“...Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley...”*⁵

Tiempo después cambió este criterio jurisprudencial, para prohiar la posibilidad de que las entidades públicas impusieran directamente multas y declararan incumplimientos para hacerlas efectivas, es decir, reconoció la existencia de la potestad exorbitante en la ley 80 de 1993, con fundamento en que de acuerdo con las normas civiles y comerciales (arts. 1592 C.C. y 867 C. Co.), aplicables al contrato estatal por expresa remisión del artículo 13 del citado estatuto, era lícito pactar las multas para asegurar su ejecución, y que ellas, podían ser impuestas unilateralmente por las entidades públicas contratantes, sin necesidad de acudir al juez, en ejercicio de la potestad de autotutela declarativa de la que es titular la Administración, esto es, la posibilidad de proferir actos administrativos constitutivos de derechos y obligaciones a terceros, en este caso, del contratista, y en virtud del carácter ejecutivo que, como regla general, otorga el artículo 64 del anterior C.C.A. a todos los actos administrativos. Al respecto, esta Corporación dijo:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9288.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669. En el mismo sentido, sentencias del 16 de noviembre de 1994, exp. 8449; 10 de 1995, 15 de agosto de 1996, exp. 8358, entre otras.

"...Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional del derecho común y esta fue muy seguramente la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal. En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley, 'aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal'. Y el artículo 867 del C. Co. Por su parte expresa: 'Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse'. De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor...⁶

Esta tesis jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado al estimar que la autonomía de la voluntad no solo autorizaba a las partes a convenir una multa en caso de incumplimientos parciales de las obligaciones de una de ellas, sino también a ejercer la facultad de imponerlas unilateralmente, sin que se estuviese en presencia de una cláusula exorbitante, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato (artículos 32, 40 inc. 2º Ley 80 de 1993)⁷ y, por consiguiente, las partes bien podían acordar fórmulas o condiciones de aplicación de la multa⁸.

No obstante, la Sección Tercera de la Corporación volvió a analizar el asunto y retornó a la tesis inicial sobre la imposibilidad de imposición unilateral de multas o cláusula penal por parte de la administración contratante; es decir, teniendo en cuenta el principio de legalidad que rige estos poderes, consideró dicha sección que la Administración carecía de competencia para estipular multas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente, porque la ley vigente no le atribuía la facultad para hacerlo, sin perjuicio de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieran convenirlas, pero no con esa connotación y, además, con la advertencia de que en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, era deber de la entidad pública contratante acudir al juez del contrato a efectos de solicitar su imposición.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 4 de junio de 1998, exp. 13988. En igual sentido, entre otras: autos de 6 de agosto de 1998, exp. 14558; 14 de diciembre de 1998, exp. 14504; 13 de diciembre de 2001, exp. 19443; y providencia de 20 de junio de 2002, exp. 19488.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, exp. 15936.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2005, exp. 14289.

Este criterio se adoptó por la Corporación en sentencia de 20 de octubre de 2005 (exp. 14.279), el sustentó así:

"...Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente. En el caso que nos ocupa, atendiendo entonces a que las resoluciones demandadas fueron expedidas por el FOSOP, sin tener competencia asignada para el efecto, se encuentran viciadas de nulidad y así se declarará por la Sala, acogiendo al respecto las pretensiones de la demanda⁹".
(Subraya la Sala)

De lo expuesto se desprende que el silencio de la ley 80 de 1993 en la materia fue entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, inicialmente, como la imposibilidad de que las multas pudieran ser impuestas unilateralmente por la administración y que, por lo mismo, debía exigirse su aplicación al juez del contrato. En un segundo momento, la jurisprudencia modificó la postura y consideró que esa potestad de la administración le era otorgada en virtud de su naturaleza y condición de entidad pública y que, en consecuencia, era viable que pudiera imponerlas sin necesidad de acudir al juez. Finalmente, la jurisprudencia retornó a la tesis original en el sentido de que la administración no podía imponerlas y debía acudir al juez.

Este recuento de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado realizado en precedencia, en particular el análisis de la sentencia del 20 de octubre de 2005 (exp. 14.279), permite sostener que hasta antes de la entrada en vigencia

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 14279.

de la ley 1150 de 2007, la temática de las multas en la contratación estatal, giraba en torno a los siguientes presupuestos fundamentales:

i) En un contrato estatal era posible incluir multas como una manera de conminar o apremiar al deudor para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, bien sea porque la ley lo exigía (decreto ley 222 de 1983), ora por pacto de las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad (ley 80 de 1993);

ii) El establecimiento y pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente. Ello es así, toda vez que la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley;

iii) Desde esta perspectiva, la imposición unilateral de multas al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política¹⁰, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima toda actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y

iv) En caso de incumplimiento del contratista y ante la ausencia de ley que otorgue competencia a la Administración para la imposición unilateral de las multas pactadas, deberá acudir directamente al juez del contrato para que declare el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sin que para ello resulte necesario para las partes agotar procedimiento previo alguno.

En consecuencia, bajo la última interpretación jurisprudencial de la ley 80 de 1993 y antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 estaba vedada la posibilidad para la administración de imponer multas en forma unilateral, por no existir, en principio, la atribución legal que la autorizara para el ejercicio de ese poder exorbitante, y el ordenamiento jurídico tan sólo la habilitaba para pactarlas, reservando su imposición al juez del contrato. No obstante, dicha circunstancia se modificó con la expedición de la ley 1150 de 2007, según pasa a explicarse.

¹⁰ Art. 6 C.P. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Art. 121.C.P. "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

Art. 122. C.P. "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...".

C. La competencia otorgada por la ley 1150 de 2007 para la imposición unilateral de las multas pactadas en el contrato estatal

La 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", dispuso en su artículo 17 lo siguiente:

"Artículo 17. Del derecho al debido proceso. 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." (Subraya la Sala)

De la simple lectura de la norma, se advierte que esta tiene fundamento en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación estatal, y con ella se resuelve la controversia doctrinal y jurisprudencial en la materia que se ha venido analizando, al indicar expresamente que las entidades estatales tendrán la facultad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, decisión administrativa que deberá estar precedida de audiencia del afectado y del agotamiento de un procedimiento mínimo, y que sólo procede mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

En vigencia de esta reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad de la Administración en la que se sustenta la imposición de las multas en la actividad contractual, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad; así discurrió la Sección Tercera de la Corporación:

*"Para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. (...) En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley, pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. (...) Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007 (...) esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. (...) Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento..."¹¹ (Subraya la Sala).*

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se hubiesen pactado, y autoriza a obtener su pago por cualquier mecanismo. Puede afirmarse, entonces, que si bien antes de la ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009.

En efecto, al segmentar y realizar un análisis en detalle de la norma observa la Sala:

1. Restaura expresamente la competencia de imponer multas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como una potestad exorbitante:

Dicha competencia tiene por objeto conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones durante la ejecución del contrato, es decir, su posibilidad de ejercicio está condicionada a que se use como mecanismo de apremio, excluyendo que se utilice con carácter indemnizatorio. Para activar esa competencia debe existir un pacto de multas en el contrato estatal, con lo cual se da relevancia al principio de autonomía de la voluntad para desencadenar su ejercicio en los términos de ley, esto es, que una vez así convenidas las entidades estatales las imponen y hacen exigibles y efectivas directa y unilateralmente.

Como se explicó anteriormente¹², 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, tesis se reitera en reciente pronunciamiento de esta Corporación, así:

*“De la tesis recogida y ratificada por la sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva.
(...)”*

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

¹² Punto B de este concepto.

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." ¹³ (Paréntesis textuales. Citas al pie omitidas).

De otra parte, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 no limita las causales o razones que pueda estipular la entidad para imponer unilateralmente las multas, y habría que entender aplicable el principio de autonomía de la voluntad para establecer de una parte y aceptar de la otra, los eventos que justifiquen la imposición de la multa y que necesariamente atenderían al mejor cumplimiento del fin del contrato.

Las multas así impuestas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía, o por cualquier otro medio para obtener el pago, entre ellos, a través de jurisdicción coactiva¹⁴. Es decir, la entidad puede descontarla de los saldos a favor del contratista y siempre que haya una cuenta pendiente por pagar a éste (compensación, art. 1714 C.C.); o acudir a la compañía de seguros o garante con el fin de hacer efectivas las pólizas otorgadas para asegurar el riesgo de incumplimiento del contrato; o mediante cobro coactivo, esto es, se habilita a las entidades para el recaudo ejecutivo y forzado ante sí del monto de aquéllas.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de octubre de 2012. exp. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). En igual sentido, la sentencia del 30 de julio de 2008. exp. 21574, de esa misma sección.

¹⁴ Desde la ley 1066 de 2006 dicha facultad se conoce simplemente como cobro coactivo. Igualmente así se le denomina en el artículo 98 de la ley 1437 de 2011.

Además, cabe anotar que la disposición prevé que solo podrá imponerse la multa mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales y que procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.

2. Ordena la aplicación del debido proceso administrativo para el ejercicio de la potestad unilateral de imposición de multas

El artículo 17 de la ley 1150 establece que la administración para adoptar la decisión unilateral de imponer las multas deberá garantizar al afectado los derechos al debido proceso y de defensa, mediante un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, y defenderse del mismo, incluso con petición de práctica de pruebas y posibilidad de contradicción de las que se aduzcan en su contra, en caso de que resulte necesario.

La norma no fue más específica en el señalamiento de dicho procedimiento, pero como se afirmó anteriormente, el fundamento constitucional de esta disposición se encuentra en el artículo 29 superior, que consagra el derecho al debido proceso, lo que significa que las entidades públicas contratantes deben observar los principios mínimos allí establecidos, dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto afectado con una eventual medida y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce del asunto¹⁵.

¹⁵ Sobre el entendimiento de esta norma la Corte Constitucional ha señalado: "(...) El Debido Proceso como garantía de los derechos fundamentales en las actuaciones judiciales y administrativas. Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, la cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción. /En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional. /Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. /En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normaliza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias (...)." Cfr. Sentencia C-214 de 28 de abril de 1994.

En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de vital trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, y tiene los siguientes alcances: (i) ser oído antes de que se tome la decisión; (ii) participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; (iii) ofrecer y producir pruebas; (iv) obtener decisiones fundadas o motivadas; (v) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; (vi) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; (vii) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; (viii) obtener asesoría legal; (vii) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas¹⁶.

Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista, es indispensable observar el debido proceso, como sucede con la imposición de multas. Además, si la ley 1150 de 2007 obliga a la Administración a aplicar el debido proceso administrativo, la simple lógica jurídica indica que para la expedición de un acto administrativo que impusiera, por sí y ante sí, la multa por incumplimiento pactada, es menester seguir un procedimiento que garantice ese derecho.

Ahora, como la ley 1150 no estableció un procedimiento detallado para el efecto, surge el interrogante de si las partes estaban facultadas para adoptarlo. Para la Sala la respuesta a la anterior pregunta solo puede ser negativa porque el debido proceso involucra el principio de reserva de ley para fijar el procedimiento y, en consecuencia, del ejercicio de la autonomía de la voluntad se sustrae la posibilidad de pactar dicho procedimiento para la imposición unilateral de multas, tal y como se explicará a continuación.

2.1 El debido proceso involucra el principio de reserva de ley para fijar el procedimiento

El artículo 29 de la Constitución Política establece el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, al indicar que *"(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*.

En concordancia con lo anterior, es facultad del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en los términos del artículo 150 constitucional,

¹⁶ Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, *Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007*, editorial Universidad Externado de Colombia 2009, p. 80 a 82.

numerales 1 y 2, estructurar los procesos y, por tanto, fijar los requisitos, tiempos, procedimientos, recursos, etc. Con base en esta competencia, y en general en la importancia que la ley posee como fuente del Derecho, el Legislador goza, por mandato constitucional, *“de amplia libertad para definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial”*¹⁷.

La Corte Constitucional, en sentencia C-227 de 2009, posición que reitera en la sentencia C-203 de 2011, al señalar la relevancia de dicha atribución, manifestó que *“le permite al legislador fijar las reglas a partir de las cuales se asegura la plena efectividad del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P.), y del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Además, son reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho”*¹⁸, por lo que corresponde al legislador definir las competencias cuando no se han establecido por la Constitución de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado¹⁹.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado, al indicar que los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción, entre ellas las multas, se debían llenar acudiendo al procedimiento administrativo general consagrado por el legislador; en este sentido no era competencia de la autoridad establecer las etapas en que esta clase de actuaciones se dividían, de manera que la administración no puede determinar el procedimiento para la imposición de las multas y menos aún en su manual de contratación. En efecto, al conocer de la legalidad del artículo 87 del decreto 2474 de 2008²⁰, que establecía un procedimiento para la imposición de multas, señaló:

“[E]l problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria.

“(…) La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-927 de 2000.

¹⁸ *Ibidem*, sentencia T-001 de 1993.

¹⁹ Sentencia C-111 de 2000.

²⁰ Declaró la nulidad del artículo, en tanto se interprete que faculta a la administración para crear un procedimiento administrativo sancionador.

sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: 'a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige los fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política'.

Por consiguiente no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan y condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra - orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos...'21 (Se omiten notas al pie. Subraya la Sala).

Los principios de legalidad y reserva legal²² para la regulación de los procedimientos²³ y, con mayor razón en aquellos en los que debe expedirse un acto administrativo sancionatorio en ejercicio de las competencias unilaterales previstas en la ley, como son las relativas a la imposición de las multas por incumplimiento pactadas, permite concluir que no resulta ajustado a derecho que

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054.

²² SIERRA, Porto, Humberto, señala al respecto: "En principio, estamos en presencia de una reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En estos casos el texto constitucional prescribe que la normación de determinado asunto se realice necesariamente mediante normas de rango legal o, desde otra perspectiva, la técnica de la reserva de ley prohíbe que la regulación de una materia sea realizada de manera primaria por reglamentos." (...) "El fundamento de la técnica de la reserva de ley se encuentra, actualmente, en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político: se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantiza el principio democrático y el pluralismo político." *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 1998. p.p. 178-179.

²³ La evidente manifestación del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, se ve reflejada adicionalmente en un aspecto esencial y especialmente relevante para el debido proceso, como es la configuración de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los ciudadanos contra los actos que profieren las autoridades: punto sobre el cual precisó la Corte Constitucional en sentencia C-1104 de 2001: "Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso -reposición, apelación, u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio". Se citan allí, las sentencias C-742 de 1999, C-384 de 2000 y C-803 de 2000, entre otras.

en los pliegos de condiciones o en los contratos estatales las partes acuerden procedimiento alguno para su imposición, punto sobre el cual volverá la Sala al analizar en lo pertinente el contrato de concesión 6000169OK de 2006.

Así las cosas, dada la ausencia de una norma especial que regulara expresamente la materia, lo procedente era acudir, antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007, al procedimiento administrativo general previsto en su momento en el Código Contencioso Administrativo (decreto – ley 01 de 1984), hoy reemplazado por la ley 1437 de 2011. Al entrar a regir la ley 1150, por expreso mandato del artículo 17, la Administración debía garantizar al afectado los derechos al debido proceso y de defensa, mediante un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, y así ejercer su derecho de defensa y contradicción con base en el artículo 29 C.P., por lo que las partes de un contrato estatal, se insiste, no tenían ni antes de la vigencia de la ley 1150 ni después, facultad para alguna para establecer o regular un procedimiento para el ejercicio de una potestad unilateral de la administración.

2.2 De la autonomía de la voluntad se sustrae la posibilidad de fijar el procedimiento para la imposición unilateral de multas

La autonomía de la voluntad, definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones, en procura de la satisfacción de sus fines o necesidades, se encuentra claramente limitada por la ley y, *“(...) en veces atenuada o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil)”*²⁴.

Como se dijo en precedencia, la competencia administrativa y los procedimientos para expedir los actos administrativos derivados de esas competencias son manifestación directa del principio de legalidad y, por lo mismo, solo el legislador puede establecerlos, por mandato de los artículos 6, 29, 121 y 122 de la Constitución Política. Así mismo, las normas procesales son de orden público, de conformidad con los dictados del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil

En esta medida, no es posible que las partes de un negocio jurídico estatal en virtud de la autonomía de la voluntad puedan convenir válidamente el procedimiento para el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración,

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

como es la imposición las multas en los contratos estatales, por la sencilla razón que las citadas normas constitucionales atribuyen exclusivamente al legislador dicha función, lo que les da el carácter de normas de orden público, respecto de las cuales no cabe el ejercicio, se insiste, de la autonomía de la voluntad.

3. Efecto general inmediato de la ley 1150, artículo 17

La entrada en vigencia de una norma tiene una sustancial influencia en las cargas, deberes, derechos, obligaciones y en general en todas las situaciones y relaciones jurídicas que entran bajo su cobijo, sea para sanearlas, ora para su constitución o nacimiento, modificación o extinción de las mismas, lo que genera problemas o conflictos en la aplicación de la ley en el tiempo y plantea el interrogante de cuál es aquella ley bajo cuyo mandato ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere o modifique lo que otra establecía.

En el tránsito de legislación, con el fin de mantener la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, se erige como regla general la irretroactividad de la ley²⁵, según la cual la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas y que resultan intangibles cuando se han realizado totalmente los efectos jurídicos de las normas vigentes al momento de su nacimiento.

Es decir, la nueva ley no puede regular los hechos y actos que se han definido o consolidado en una fecha anterior a su entrada en vigor y, en consecuencia, se mantienen incólumes los efectos jurídicos que se desprenden de los mismos por la fuerza de la ley bajo el imperio de la cual se constituyeron. Este principio está consagrado en nuestra Constitución Política (arts. 29²⁶ y 58²⁷) para evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título en vigencia de una ley por la expedición de

²⁵ El artículo 2 del Código Civil Francés, estatuye: *"La ley solo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo"*. Similar norma se encontraba contenida en el artículo 13 del Código Civil Colombiano que señalaba: *"La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción a esta regla que la que admite el artículo 24 de la Constitución Nacional, para el caso de que la ley posterior, en materia criminal, imponga menor pena..."*, disposición que fue derogada por el art. 49 de la Ley 153 de 1887, pues se consideró en su texto que no se trataba de un principio absoluto y por ello introdujo una serie de disposiciones para su aplicación.

²⁶ Con la excepción consagrada en el inciso tercero de este artículo 29 de la Constitución Política para efectos penales, en la que se admite expresamente la aplicación de la ley posterior a hechos pasados cuando la disposición es permisiva o favorable.

²⁷ El artículo 58 de la Constitución dispone: *"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social..."*, precepto superior que consagra la no retroactividad de la ley, aun cuando establece su excepción.

otra, y en fin, en aras de la seguridad jurídica y el juzgamiento. Empero, no es de carácter absoluto y cede por autoridad de la propia Carta Política ante principios superiores, como ocurre en el caso de las leyes penales favorables (art. 29 C.P); o por precisas razones de orden público e interés general, con fundamento en las cuales bien puede el Legislador establecer ciertas y expresas excepciones a la misma; o también como sucede en los casos de las denominadas leyes interpretativas (arts. 14 y 58 C.R.P.M).

En contraste, el efecto general e inmediato de la ley se opone al efecto retroactivo, pues implica que ella solo rige para el porvenir, esto es, que se aplica desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, dejando insubsistente la ley anterior, de manera que las situaciones nacidas o los hechos ocurridos al amparo de la ley antigua pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva²⁸. O sea, la ley posterior puede regular ciertos hechos y actos jurídicos que, pese a que se originaron bajo el imperio de la ley anterior, no tuvieron la virtualidad de obtener su consolidación como un derecho o situación jurídica consumada.

Son múltiples las ocasiones en que se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, respecto de los efectos de la ley nueva. Así, en sentencia C-619 de 2001²⁹, la última corporación expresó:

"4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, [artículos 29 y 58] las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas

²⁸ Por eso el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, preceptúa que "[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene."

²⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 14 de junio de 2001.

que aun no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos...”

5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme...”

En este sentido, es importante recordar que el inciso primero del artículo 18 de la ley 153 de 1887, dispone que “[l]as leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato”, norma que regula el tránsito de legislación, cuando la ley nueva teniendo en cuenta su contenido y carácter modifica o “restringe” las condiciones para el ejercicio de un “derecho amparado por la ley anterior”, caso en el cual la ley tiene el referido efecto general inmediato³⁰.

Para el caso bajo consulta, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, fundado en el deber legal de control y vigilancia sobre los contratos estatales que corresponde a las entidades públicas contratistas, desarrolla el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración como es la imposición de multas en tales contratos, así como el procedimiento para imponerlas, lo que otorga competencia a la Administración de hacerlas efectivas, por sí y ante sí. Tal competencia pública, “restringe” la situación jurídica del contratista, toda vez que ya no será necesario acudir al juez del contrato para que sea este quien declare el incumplimiento e imponga la multa. Por consiguiente, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, dado su evidente carácter de norma imperativa y de orden público, tal como se dijo en el punto 2.2., rige las situaciones jurídicas acaecidas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia (16 de julio de 2007)³¹, así como las situaciones en curso, en virtud del efecto general inmediato de la ley (artículo 6 CPC), en concordancia con el artículo 18 de la ley 153 de 1887³².

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 27 de julio de 2011, rad. 2064.

³¹ Según el parágrafo 2 del artículo 33 de la ley 1150, el artículo 17 *ibidem* entraba en vigencia al momento de la promulgación de la ley, la cual se dio mediante el Diario Oficial No. 46.691 de julio 16 de 2007.

³² “Artículo 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por ley anterior, tienen efecto general inmediato...”.

4. Efecto retrospectivo para la imposición unilateral de las multas pactadas

La Sala observa que el artículo 17 de la ley 1150 no solo tiene efecto general inmediato y, por lo mismo, regula todas las situaciones jurídicas acaecidas desde el momento mismo de su vigencia, sino que por expresa disposición de su párrafo transitorio, tiene efecto retrospectivo en relación con las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la facultad de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Este mandato previsto en la norma implica, en criterio del Consejo de Estado, que *"[s]i se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley..."*³³

En efecto, como se anotó, la ley no es retroactiva salvo en casos excepcionales, de manera que por regla general no puede variar la causa generadora de un derecho o de una situación jurídica pasada, so pena de desconocer su legítima adquisición o constitución con fundamento en la ley vigente al tiempo de su nacimiento. Pero sí puede la nueva ley aplicarse a situaciones jurídicas y fácticas no consolidadas o en curso, esto es, originadas con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado, o sobre los efectos de aquellas que no se hubieran producido al momento de entrar a regir la nueva norma, caso en el cual nos encontramos con el fenómeno denominado retrosección.

La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se han ocupado del asunto relativo a la aplicación de las normas jurídicas cuando han ocurrido tránsitos normativos de orden legal o constitucional, y en particular de su efecto retrospectivo³⁴.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en la época que actuaba como Tribunal Constitucional, en sentencia del 12 de noviembre de 1937, proferida dentro del proceso de constitucionalidad propuesto por un ciudadano contra el artículo 14 de la ley 10 de 1934, norma que estableció el auxilio de cesantía a favor de los trabajadores particulares despedidos sin justa causa, entendió que el Legislador de

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 21574.

³⁴ Resulta pertinente la recapitulación realizada en la sentencia T-110 de 2011 de la Corte Constitucional de donde se toman algunos apartes y citas para el presente concepto.

1934 no dispuso la retroactividad de la ley pero sí consintió su aplicación retrospectiva:

"La disposición mencionada de la ley 10 y el precepto reglamentario del decreto 652 señalan en el tiempo que el empleado sirvió con anterioridad a la expedición de la ley, como justo factor para guardar el monto de la indemnización. No puede considerarse esta circunstancia como motivo de irretroactividad, porque el hecho de entrar en el cómputo de la indemnización todo el tiempo de servicios del empleado, sea anterior o posterior a la ley, solo significa que se utiliza este factor para señalar la cuantía de la indemnización en una forma que consulte la equidad y la justicia".

"El doctor Manuel J. Angarita, eminente abogado, al comentar las disposiciones de la ley 153 de 1887 dice que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido. Agrega que esas leyes no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como retrospectivas. Esta doctrina la acoge el señor Procurador General de la Nación en su importante estudio y la sustenta con opiniones de modernos expositores de derecho, para aplicarla como pertinente al caso que se estudia".

Posteriormente en sentencia de 22 de julio de 1969, al referirse a la diferencia entre irretroactividad y retrospectividad de la ley, la Corte Suprema agregó:

" La Corporación hizo entonces, siguiendo el criterio expuesto por el ex magistrado de la Corte, doctor Manuel José Angarita, desde fines del siglo pasado, una clara dicotomía ente el efecto retroactivo y el efecto retrospectivo de la ley, para enmarcar dentro del primero el quebranto legal de los denominados por nuestra Constitución derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, y la simple acción sobre los desarrollos, las modalidades o las consecuencias de las relaciones jurídicas, situaciones o status en curso. En la aludida sentencia de 1956 dijo, luego de acoger la terminología y el criterio adoptados: 'Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no solo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro, sino de que se eliminen las ya producidas; o en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de estas, no se viole ningún derecho adquirido' ("G.J.", núm 2170, pág. 260)." (Subraya la Sala)

Recientemente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 28 de octubre de 2005, se pronunció sobre los efectos en el tiempo de la ley 50 de 1990³⁵, así:

"[N]o puede perderse de vista que si bien es cierto que el legislador descartó en general que la ley fuera retroactiva –principio que, dicho sea de paso, no es absoluto, al punto que la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el artículo 13 del C.C., que lo establecía–, no lo es menos que, también, por regla, consagró el postulado de vigencia inmediata de la ley, la cual, rigiendo hacia el futuro, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, aquellas que venían desarrollándose con anterioridad a su promulgación y que continúan desdoblándose bajo su imperio. // Esa aplicación de la ley nueva a las situaciones jurídicas que vienen del pasado, se concreta, claro está, a los efectos y a la extensión del derecho respectivo, que quedan sometidos al marco normativo que ella establece, sin que ello indefectiblemente implique retroactividad. Es lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retrospectividad... (...) con independencia de la nomenclatura que se utilice para identificar el fenómeno jurídico que se comenta, existe consenso en descartar la aplicación absoluta del postulado de la irretroactividad, para abrirle paso a una concepción más tuitiva, solidaria y fraterna, como hoy indiscutiblemente lo reclama la familia, base esencial de la sociedad. // (...) Dicho en otros términos, si la Ley 54 de 1990 tiene vigencia inmediata, necesariamente es retrospectiva, efecto que impone considerar el tiempo de convivencia anterior a su promulgación, con el fin de computar el plazo en ella previsto para la configuración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes". (Subraya la Sala).

A su turno, el Consejo de Estado, distinguiendo entre los fenómenos de la irretroactividad y retrospectividad de la ley, ha precisado que la *"ley tiene efectos de retroactividad cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en ésta modalidad. Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrado, salvo que la ley diga lo contrario"*³⁶.

³⁵ Norma que con el objeto de dar protección a las parejas unidas por vínculos distintos al matrimonio, introdujo en el ordenamiento jurídico la denominada sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, surgida en virtud de la unión material de hecho.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 31 de octubre de 1995, exp. 1438.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-389 de 2009³⁷ puntualizó que el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su *aplicación inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...”*. De este modo, *“aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”*. Y en la sentencia T-110 de 2011, concluyó sobre el efecto retrospectivo de la ley, lo siguiente:

“i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aun no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados”.

Ahora bien, en materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua, por razones de estabilidad y seguridad en el tráfico jurídico negocial, sin embargo, *“motivos imperiosos de orden público, pero solo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debía alcanzar...”*³⁸.

La Constitución Política de 1991 garantiza los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se contemplan los derechos que emanan de un contrato, y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido.

³⁷ En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció específicamente sobre la vigencia en el tiempo de las normas jurídicas para a partir de ahí construir su jurisprudencia en relación con los efectos en el tiempo de sus sentencias de constitucionalidad.

³⁸ MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa, 1959, p. 299 y ss.

La Corte Suprema de Justicia en relación con esta norma puntualizó:

*"(...)Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento de que se celebró la convención..."*³⁹

Y el Consejo de Estado, sobre el alcance de la disposición señaló:

*"(...)La citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general."*⁴⁰

En consecuencia, si bien es cierto la regla general es que los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se gobiernan por la ley existente al momento de su celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad, no lo es menos que por razones de orden público o de interés general el Legislador puede disponer un efecto distinto para determinado aspecto de los contratos (retrospectivo) y, en todo caso, las nuevas normas procesales que establecen la forma de reclamar en juicio los derechos que emanan de ellos y las que señalen penas para el evento de la infracción a lo estipulado, tendrán vigencia inmediata y se aplican a los contratos en ejecución.

Así las cosas, es indiscutible la aplicación del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 a los contratos estatales en ejecución al momento en que comenzó a regir, según las reglas de tránsito de legislación antes mencionadas, por su carácter de norma

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 16653.

imperativa y de orden público, en tanto establece, por una parte, la habilitación para que las entidades públicas impongan las multas y la cláusula penal pactadas en forma unilateral y como facultad excepcional de la Administración derivada del deber del control y vigilancia que le incumbe (art. 14 ley 80 de 1993) y, por la otra, indica el procedimiento a seguir para hacerlo y lograr su efectividad.

5. Incidencias de la reforma en relación con la aplicación de la imposición de multas y cláusula penal

El recuento expuesto en precedencia, aplicado al caso bajo consulta, permite a la Sala concluir que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y su parágrafo transitorio conllevan lo siguiente:

i) Su efecto general inmediato, es decir, que rige integralmente las situaciones jurídicas acaecidas a partir de su vigencia, o sea desde el 16 de julio de 2007;

ii) Por su efecto inmediato y la retrospectividad allí prevista, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, que no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma; en consecuencia, si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 y este se encuentra en ejecución, se está en presencia de una situación jurídica en curso que deberá ser gobernada por dicha ley;

iii) Lo anterior significa que si en dicho contrato se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido;

iv) Las multas así pactadas pueden ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante, por la habilitación retrospectiva que trae el parágrafo transitorio del artículo 17 de la ley 1150;

v) Para su imposición debe garantizarse al contratista los derechos al debido proceso y de defensa, mediante un procedimiento mínimo, que consiste en un requerimiento previo al afectado para que se pudiera pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, y así ejercer su derecho de defensa y contradicción con base en el artículo 29 C.P., y

vi) Dado el carácter normativo de la Constitución (art. 4) que impone la aplicación del debido proceso (art. 29) en materia sancionatoria contractual y el efecto inmediato de la ley, con la expedición de la ley 1150 de 2007 se sustituyeron o

modificaron los procedimientos previstos en leyes anteriores para la imposición unilateral de multas en los contratos estatales.

Igualmente, se sustituyó para todos los efectos cualquier pacto de las partes de un contrato estatal en donde se hubiere regulado un procedimiento para la imposición de multas, toda vez que, se insiste, la facultad para establecer un procedimiento para el ejercicio de una potestad unilateral de la administración es materia exclusiva del legislador.

En efecto, la competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, según se ha tratado ya, por lo que se sustrae de la autonomía de la voluntad de las partes la posibilidad de regular tal situación, de suerte que cualquier posible pacto entre las partes sobre un procedimiento es ineficaz de pleno derecho en los términos en que se explicarán más adelante, siendo lo procedente, en su momento, aplicar la garantía al debido proceso señalada en el citado artículo 17 de la ley 1150, en concordancia con el artículo 29 C.P.

D. Ley 1474 de 2011⁴¹: procedimiento vigente para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento

A pesar del avance contenido en la ley 1150 de 2007 respecto a la potestad unilateral de las entidades estatales para imponer las multas pactadas, la práctica de la contratación estatal indicaba la necesidad de adoptar un procedimiento expedito para lograr eficacia, eficiencia y economía en el ejercicio de esa atribución, dados los fines estatales que están en juego en la actividad contractual pública. Es así como, en el Estatuto Anticorrupción, ley 1474 de 2011, en su artículo 86, se estableció un procedimiento oral, en un sola audiencia, para que previa citación del contratista este ejerza su derecho a la defensa y la entidad adopte la decisión correspondiente en cuanto a la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, o la terminación del procedimiento, si ha cesado el incumplimiento.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente llevó a la expedición de la ley 1474 de 2011, se hizo alusión expresa al mencionado objetivo de este procedimiento, en los siguientes términos:

⁴¹ "[P]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

"[N]o existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento...". (Subraya la Sala).

Por lo tanto, de los antecedentes de la norma, se aprecia claramente la voluntad del legislador de avanzar en el procedimiento legal establecido en el artículo 17 de la ley 1150 para la imposición unilateral de multas en la contratación estatal, reiterándose de esta manera los principios de legalidad y reserva legal propios del ejercicio de dicha competencia pública, respecto de la cual está ausente la autonomía de la voluntad, según se ha explicado. De esta forma, el artículo 86 de la ley 1474 estableció el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, en los siguientes términos:

"Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

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”.

Como puede verse, la norma reitera la competencia de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato, previa la celebración de una audiencia en la cual se inicia y agota todo el procedimiento para la ejecutoria de la sanción o la terminación del mismo, si ha cesado el incumplimiento. En esta audiencia, el contratista podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual puede aportar o solicitar pruebas⁴². Una vez se ejerza ese derecho, la entidad adoptará la decisión sobre la imposición de la multa mediante resolución motivada y se sustentará y decidirá el recurso de reposición que presenten los afectados.

Lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 podría entenderse como el desarrollo más depurado y concreto del derecho al debido proceso en materia de la adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, recogiendo los avances jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la ley 1150 de 2007.

⁴² Según la jurisprudencia constitucional, ver la sentencia C-203 de 2011, la regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, incluye: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”.

En consecuencia es el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 la norma que actualmente regula la materia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, y su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, incluido el contrato de concesión 6000169OK de 2006 objeto de esta consulta, es claramente procedente en aplicación de los principios de efecto general inmediato y retrospectividad de la ley, los cuales fueron explicados por la Sala respecto del artículo 17 de la ley 1150⁴³, pero especialmente por mandato del artículo 40 de la ley 153 de 1887, por cuya inteligencia en el tránsito de legislación de normas procesales “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”⁴⁴

Por último, el artículo 96 de la ley 1474 de 2011 estableció un régimen de transición⁴⁵ en donde se indica que los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entrara a regir la ley (12 de julio de 2011, según Diario Oficial No. 48.128), continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Y de otro lado, que no se generarían inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la ley respecto de los procesos contractuales que se encontraran en curso antes de su vigencia⁴⁶.

Como puede apreciarse la norma solo contempló lo relativo a los procesos de selección y el régimen de inhabilidades y guardó silencio en relación con los contratos⁴⁷, lo cual significa que respecto de estos se aplican las normas generales de tránsito de legislación explicadas en los puntos precedentes.

⁴³ Punto C de este concepto.

⁴⁴ Esta norma fue modificada por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso; no obstante, dicha modificación reitera el efecto inmediato de la ley procesal y, por lo mismo, no modifica la interpretación que en este concepto se hace al respecto.

⁴⁵ Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1958 de 2009, las normas de transición tienen como objetivo prever el tránsito de una situación jurídica dada, a una situación jurídica nueva, que es creada o modificada por virtud de la vigencia de una norma.

⁴⁶ “ARTÍCULO 96. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia”.

⁴⁷ Tema que de suma importancia, a tal punto que los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así: (i) En el Decreto Ley 150 de 1976: “Artículo 203. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto...” (ii) En el Decreto Ley 222 de 1983: “Artículo 300. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho

Ahora, en consideración a que el procedimiento previsto en el artículo 86 de la ley 1474 implica una importante modificación procedimental al régimen de imposición de multas contenido en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, al punto que se introdujo un procedimiento oral a desarrollarse en una sola audiencia para tramitar y decidir la imposición de las multas, situación que podría generar traumatismos para las entidades públicas contratantes, e incluso para el ejercicio del derecho de defensa del contratista, la solución del legislador⁴⁸ consistió en continuar con la aplicación transitoria y ultractiva del artículo 17 de la ley 1150 hasta la terminación de tales procedimientos sancionatorios iniciados antes de la vigencia de la ley 1474.

Obviamente para los procedimientos sancionatorios que inicien con posterioridad a la vigencia de la ley 1474, será el artículo 86 ibídem el que gobierne el respectivo trámite, como ya se ha explicado.

E. El “régimen sancionatorio” del contrato de concesión 600169OK de 2006.

Dentro del marco jurídico y conceptual expuesto, la Sala procede a analizar el pacto de multas y el procedimiento previsto para su imposición en el contrato de concesión 600169OK de 2006.

Como se mencionó en los antecedentes de esta consulta dicho régimen estaba previsto desde los pliegos de condiciones de la licitación, al punto que fue objeto de observaciones por parte de los proponentes y en virtud de ellas se profirió una adenda para modificar las previsiones iniciales de tales pliegos que contemplaban la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, para luego acoger las cláusulas contractuales que a continuación se analizan.

procedimiento conforme a las normas antes vigentes”. iii) En la Ley 80 de 1993: “Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”, y iv) En la ley 1150 de 2007 “Artículo 31. Régimen de transición. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

⁴⁸ Revisado el trámite de expedición de la ley se observa que en el proyecto de ley 142/2010 Senado, presentado por el Gobierno, no existía régimen de transición alguno en la materia. Según se aprecia en la Gaceta del Congreso 1002 del 1 de diciembre de 2010, el actual artículo 96 de la ley 1474 se introdujo en la ponencia para segundo debate en la plenaria del Senado de la República, sin que aparezca constancia o evidencia sobre los motivos que llevaron a su inclusión.

1. El pacto de multas

1.1. Cláusula general

Se encuentra convenido en la cláusula 63 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 (en adelante EL CONTRATO), dentro del Capítulo VIII denominado "Régimen sancionatorio y solución de controversias". (Se omiten mayúsculas).

El texto de la mencionada cláusula es del siguiente tenor:

"CLÁUSULA 63. MULTAS.

Si durante la ejecución del Contrato se generaran incumplimientos del Concesionario, se causarán las multas que se listan a continuación, por las causales expresamente señaladas en esta cláusula y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto.

Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.

El pago o la deducción de dichas multas no exonerará al Concesionario de su obligación de terminar o ejecutar las Obras de Modernización y Expansión, de efectuar adecuadamente la Operación y Explotación Comercial del Área Concesionada, de realizar labores de Mantenimiento, ni las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este contrato". (Negrillas suprimidas. Subraya la Sala).

De la disposición transcrita se extrae lo siguiente para los fines del concepto que se rinde:

- (i) Su pacto corresponde a una manifestación de la autonomía de la voluntad que le asiste a las partes, en desarrollo de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993;*
- (ii) Se evidencia el carácter conminatorio de las multas pactadas, es decir, son medidas coercitivas que tiene el propósito u objetivo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, en los términos explicados en el punto B de este concepto;*

(iii) El ámbito temporal para la imposición de las multas pactadas es el fijado para la ejecución del contrato;

(iv) Las multas pactadas corresponden al ejercicio de una potestad unilateral de la entidad estatal concedente. Es claro que esa potestad obra exclusivamente a su favor y en modo alguno el concesionario está facultado para utilizar tales medidas coercitivas contra la entidad concedente, y

(v) Las multas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, deduciendo su monto, mediante compensación de las sumas adeudadas al contratista.

Los anteriores aspectos permiten señalar que el pacto de multas de EL CONTRATO, se ajusta a las características que la jurisprudencia del Consejo de Estado, y luego la ley 1150 de 2007, establecieron para dichas medidas coercitivas en los contratos estatales a favor de las entidades públicas contratantes.

Ahora, al examinar los supuestos de hecho que dan lugar a multas por incumplimiento de las obligaciones del concesionario (19 causales), se aprecia que 18 de ellas están ligadas al ejercicio de una potestad excepcional o exorbitante como es la caducidad administrativa de los contratos estatales, según se explica a continuación.

1.2. Las multas de EL CONTRATO están relacionadas con la potestad exorbitante de la caducidad administrativa

Puede advertirse que de las cláusulas 63.1 a 63.18 se establecen supuestos de hecho relacionados con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, los cuales dan lugar a la imposición de las multas, liquidables en cada caso según el pacto correspondiente.

En tales cláusulas, sin perjuicio de la causación de la multa pactada, se concede un plazo al concesionario para cumplir las mencionadas obligaciones, vencido el cual, la *"Aerocivil podrá iniciar el procedimiento que se describe en la CLÁUSULA 68 de este contrato"*.

La cláusula 68 de EL CONTRATO, se encuentra dentro del Capítulo IX denominado *"Cláusulas excepcionales al derecho común"* la cual, en lo pertinente a las causales de caducidad, se transcribe a continuación:

"CLÁUSULA 68. CADUCIDAD. Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario establecidas en este Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo, de manera tal que evidencie que puede conducir a su paralización, o se presentan las causales previstas en las leyes 40 de 1993, 80 de 1993, 418 de 1997, 610 de 2000, 828 de 2003 y demás normas aplicables. Aerocivil por medio de acto administrativo debidamente motivado, podrá decretar la caducidad del Contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

Para efectos de este contrato, y sin perjuicio de la facultad general consagrada anteriormente, las partes entienden que son incumplimientos que afectan de manera grave y directa la ejecución del Contrato, y evidencian que puede conducir a su paralización, los casos en que el Concesionario persista en los incumplimientos que dan lugar a la aplicación de multas, en los términos señalados en la CLÁUSULA 63 del presente Contrato...". (Negrillas originales suprimidas. Mayúsculas textuales. Subraya la Sala).

Al señalar la posibilidad de decretar la caducidad del contrato, potestad que es imperativa en los contratos de concesión según el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993, las partes se encargaron de indicar aquellos supuestos de hecho en los cuales procedería esta medida, por *persistir* el concesionario en los incumplimientos que dan lugar a la imposición de multas de conformidad con la Cláusula 63 de EL CONTRATO. Pero la voluntad de las partes va más allá, toda vez que acordaron de manera inequívoca que las multas pueden aplicarse por el incumplimiento de las obligaciones descritas en dicha cláusula, las cuales "*afectan de manera grave y directa la ejecución del Contrato, y evidencian que puede conducir a su paralización*", motivo por el cual son de aquellas medidas que puede adoptar la entidad estatal contratante en ejercicio de las potestades unilaterales previstas en el inciso 2 del artículo 18 de la ley 80 de 1993. En efecto, la norma aludida dispone:

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

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

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

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

La interpretación sistemática del artículo 18 de la ley 80 y del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, junto a las cláusulas 63 y 68 de EL CONTRATO, llevan a la Sala a sostener que las multas pactadas en el contrato corresponden a aquellas medidas unilaterales de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado, comoquiera que su carácter coercitivo lo que precisamente busca es el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, según se ha explicado.

En consecuencia, el pacto de multas en EL CONTRATO y la competencia de la Aerocivil para imponerlas unilateralmente tienen pleno sustento legal desde el momento de la celebración del mismo. La Sala ya había expuesto este criterio en el Concepto 1748 de 2006, en donde luego de analizar el alcance del artículo 18 de la ley 80 de 1993, señaló:

“[L]as hoy conocidas como potestades excepcionales, denominadas en la literatura jurídica como exorbitantes, se caracterizan porque la administración goza de unos privilegios de origen legal, (...) que significa que la administración puede, aún sin el consentimiento de su cocontratante, imponer mediante acto administrativo debidamente motivado, la interpretación, la modificación o la terminación del contrato, y ejercer las atribuciones que se derivan de la institución de la caducidad administrativa en caso de incumplimiento.

El artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración, regula la caducidad de los contratos estatales, que es una de estas potestades excepcionales, en la siguiente forma (...). De la norma transcrita destaca la Sala que ante el incumplimiento grave del contratista, la entidad pública tiene la opción de terminar el contrato declarándolo caducado, o mantenerlo adoptando las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La preeminencia pública se refleja, no en la opción que surge para la administración, pues ésta es la misma del derecho privado,⁴⁹ sino en la posibilidad de realizar unilateralmente las acciones propias de la opción, es decir, la de caducar el contrato o la de adoptar las medidas necesarias para la ejecución del mismo.

Si la administración se decide por la caducidad, es claro que la declara mediante acto administrativo que goza de los privilegios de la declaración previa y la ejecución oficiosa. Además, la misma norma que se comenta, le da a la caducidad el efecto de

⁴⁹ Artículo 1546 del Código Civil.

ser constitutiva del siniestro de incumplimiento. Es obvio que la administración, por sí y ante sí, está habilitada para declarar el incumplimiento del contratista y por ello caduca el contrato, es también obvio que hay lugar al pago de los perjuicios que del mismo se deriven. Así las cosas, si en un contrato estatal con cláusula de caducidad se pactó alguna cláusula penal, en el acto administrativo que la declara puede cobrársela al contratista particular, a manera de apremio, de garantía o de indemnización de perjuicios, según la redacción exacta de ellas. Es entendido que si éstas serían exigibles por la vía ejecutiva en el derecho privado, también lo deben ser por la vía del acto administrativo que declara la caducidad.

(...)

Ahora bien, de acuerdo con lo autorizado por el segundo inciso del artículo 18 transcrito y obviamente en consideración de las reglas de la sana administración, la entidad contratante puede decidir no caducar el contrato. En éste caso, la práctica cotidiana enseña que por lo general se reúnen las partes contratantes y mediante un documento contractual definen las medidas que es necesario adoptar para que la ejecución del contrato llegue a buen fin. En este acto modificatorio o aclaratorio de las obligaciones de las partes, puede incluirse el pago de las cláusulas penales, cuando de su redacción aparezca que contienen una indemnización moratoria, o cuando su finalidad sea la de compeler al incumplido a que ejecute cabalmente sus compromisos, o cuando haya una garantía a cargo de un tercero. Se insiste en que las cláusulas penales así pactadas son exigibles y en principio prestan mérito ejecutivo, por lo que su pago es obligatorio, independientemente de que alguien decida "imponerlas." Por esta razón es válido tanto su cobro como su compensación⁵⁰. Es indiscutible, bajo éste régimen del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración, que si el contratista no se aviene a convenir con la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, ésta puede, mediante acto administrativo debidamente motivado, adoptarlas y hacerlas obligatorias. Por tanto, y bajo el amparo del artículo 18 de la ley 80 de 1993, podría también mediante acto administrativo que declare el retardo o el incumplimiento parcial de la obligación, cobrar las cláusulas penales estipuladas para éstas situaciones.

Entiende la Sala que las cláusulas penales pactadas en los contratos estatales con cláusula de caducidad, cumplen las mismas funciones que en el derecho privado, esto es precaver, 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". (La cita al pie es textual. Subraya la Sala).

⁵⁰ La que opera de pleno derecho si se dan las condiciones del artículo 1715 del Código Civil.

Como se advierte, la tesis de la Sala admite que la Administración pueda imponer las multas previstas en el contrato a su contratista incumplido, cuando se haya pactado la cláusula de caducidad, con fundamento en lo previsto en el artículo 18 de la ley 80 de 1993 que faculta a la entidad, en caso de que decida abstenerse de declarar la caducidad, para adoptar *"las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado"*, de donde se infiere que si la administración puede sancionar al contratista hasta inhabilitarlo para contratar por un término de cinco (5) años y poner fin al contrato por incumplimiento total, con mayor razón puede sancionar el incumplimiento parcial a través de las multas pactadas en el mismo.

Ahora, aunque el artículo 18 de la ley 80 no establece un procedimiento para decretar la caducidad y, por ende, para la imposición de las multas, a juicio de la Sala lo procedente era acudir, antes de la vigencia de la ley 1150 de 2007, al general del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984), según ya se expuso en este concepto. Esta tesis ha sido ratificada recientemente por el Consejo de Estado, Sección Tercera -subsección C-, en sentencia de 22 de octubre de 2012, cuando señaló:

"El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 no establecía el procedimiento para la declaratoria de caducidad, razón por la cual debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, en el que se preceptuaba que los vacíos o lagunas que se presentaran para el adelantamiento de las actuaciones administrativas contractuales debía resolverse aplicando, en cuanto fueran compatibles, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa. Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria era obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantizara los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debía asegurar que la decisión estuviera precedida de audiencia del afectado."

A su vez, la jurisprudencia de la Corporación indicó que los vacíos del procedimiento para la imposición de una sanción se debían llenar acudiendo al procedimiento administrativo general consagrado por el legislador, como consecuencia de ello no era competencia de la autoridad establecer las etapas en que esta clase de actuaciones se dividían, cosa distinta era la posibilidad de auto-organizarse internamente a efectos de tramitar el expediente respectivo...⁵¹. (La nota al pie de página del texto original fue suprimida).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

Por otra parte, la potestad de imponer unilateralmente las multas y hacerlas efectivas mediante acto administrativo es concordante con el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y el numeral 2 del artículo 4 *ibidem*, relativos a la dirección del contrato estatal, al ejercicio de las competencias de control y vigilancia en la ejecución del mismo, así como al reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a las que haya lugar, respectivamente⁵². La motivación de los actos administrativos contractuales es exigida por el artículo 24, numeral 7 de la ley 80 de 1993.

Lo expuesto permite concluir que las multas pactadas en el contrato de concesión 6000169OK de 2006 pueden ser impuestas unilateralmente por la Aerocivil desde el momento mismo de la celebración del contrato, toda vez que tienen pleno sustento legal, así:

i) Desde el momento de la celebración del contrato de concesión y hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, mediante acto administrativo motivado de conformidad con el artículo 18 de la ley 80 de 1993, inciso segundo, en concordancia con las cláusulas 63 y 68 del mencionado contrato, y los artículos 4, numeral 2, 14 y 24 numeral 7 de la ley 80 de 1993;

El procedimiento para expedir el acto administrativo para la imposición de la multa durante dicho periodo correspondía al previsto en su momento en el Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984).

ii) A partir de la vigencia de la ley 1150 de 2007, las potestades unilaterales de imponer y hacer efectivas las multas por parte de la entidad estatal contratante al contratista fue reiterada y reforzada con el artículo 17 *ibidem*, que además dio carácter retrospectivo a lo allí previsto, en el sentido de que tales facultades se entendían atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a esa ley, en los que expresamente se hubiese previsto dicha competencia. Este artículo es concordante con las facultades mencionadas en el punto i) precedente.

El procedimiento para imponer las multas es el previsto en el aludido artículo 17, con el efecto inmediato y retrospectivo fijado, el cual ya fue explicado por la Sala en este concepto.

⁵² En la exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la ley 80 de 1993, a este respecto se dijo: "Los derechos y prerrogativas de una parte se constituyen a la vez en los deberes de la otra parte. Sin embargo, resulta menester anotar que las prerrogativas de la administración se encuentran insitas en el contrato estatal, sin que sea pertinente que cláusula alguna se lo atribuya expresamente. /Así, es indiscutible la presencia de la potestad de "control" y de "dirección". En ejercicio de ella se adoptarán todas las medidas necesarias y conducentes a lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras reguladas. (...) / No es suficiente conferir a la administración prerrogativas de control y dirección, si ellas no van acompañadas de un poder coercitivo cuyo fin básico es constreñir al contratista al más adecuado cumplimiento de sus obligaciones".

iii) Luego de la entrada en vigencia de la ley 1474 de 2011, deberá seguirse el procedimiento detallado previsto en el artículo 86 ibidem, en concordancia con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Se reitera entonces que para la Sala el pacto de multas en el contrato de concesión 6000169 OK de 2006 y la competencia de la Aerocivil para imponerlas y hacerlas efectivas unilateralmente tiene pleno sustento legal desde el momento mismo de la celebración del contrato, y se han mantenido invariable hasta la fecha.

Por otro lado, el procedimiento para expedir el acto de imposición unilateral de multas y hacerlo efectivo fue en cada uno de los momentos explicados el previsto en el Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984), en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, sin que en modo alguno las partes estuviesen facultadas o habilitadas en virtud de la autonomía de la voluntad para fijar o reemplazar dichas reglas procesales, por cuanto en esta materia se siguen los principios de legalidad de las faltas y las sanciones y de reserva legal en materia procesal, según también ya se analizó.

2. El “procedimiento” para la imposición de las multas pactadas en el contrato de concesión 6000169 OK de 2006

La Sala debe reiterar lo dicho a lo largo de este concepto en el sentido de que los procedimientos tienen reserva legal y, por lo mismo, las partes no tienen facultades para regular esa materia. Incluso si se siguiera la lógica de la sentencia de la Sección Tercera de la Corporación de 20 de octubre 2005 (exp. 14.279), en la que se sostuvo la falta de competencia de las entidades estatales para imponer unilateralmente las multas pactadas, razón por la cual debía acudir al juez del contrato para el efecto, elemental resulta concluir que si no se tiene la competencia (aspecto sustancial) mucho menos puede fijarse un procedimiento para ejercer una potestad que no se tiene. De este modo, lo único ajustado a derecho era ejercer el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P) y acudir directamente y sin dilaciones al juez del contrato.

No obstante lo anterior, en la cláusula 63.20 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006, se establece lo siguiente: *“63.20. Procedimiento para la imposición de multas. // El procedimiento para la imposición de multas, podrá iniciarse, bien por parte del interventor, bien por parte de la Aerocivil”*.

Dado que en la consulta se inquires sobre el procedimiento que debe seguir la Aerocivil en la materia, la Sala analizará lo estipulado sobre el particular en el citado contrato. Al efecto la cláusula 63.20.2 establece:

"63.20.2 Inicio del Procedimiento por parte de Aerocivil

Si Aerocivil encontrare que el Concesionario ha incumplido alguna de las obligaciones a que se refiere este Contrato, y que tal incumplimiento puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en los numerales anteriores, procederá a comunicar por escrito tal circunstancia tanto al Concesionario como al Interventor, exponiendo de una manera sumaria las razones por las cuales considera la existencia de un incumplimiento.

Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al día en que se le haya informado al Concesionario lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida al Aerocivil, por parte del Concesionario, se entenderá tal silencio como una aceptación por parte del Concesionario en cuanto a la existencia del incumplimiento. En tal caso, Aerocivil podrá ordenar a la Fiduciaria el traslado del valor de la multa de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Durante este mismo lapso, el Interventor presentará al Concesionario y a Aerocivil su concepto sobre la procedencia o la improcedencia de la multa.

Si hubiere objeción por parte del Concesionario en los términos señalados en el párrafo anterior, éste deberá dirigirse al Aerocivil mediante comunicación escrita en la cual expondrá las razones por las cuales se encuentra en desacuerdo con la comunicación de Aerocivil; de dicha comunicación enviará copia al Interventor.

Dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas Aerocivil indicará por escrito al Concesionario si considera que se ha causado, o no, una multa. Aerocivil basará su decisión en la comunicación del Concesionario a Aerocivil y en la opinión del Interventor, la cual deberá ser enviada por éste dentro del plazo de diez (10) días arriba señalado. Si Aerocivil considera necesario, podrá solicitar tanto al Concesionario como al Interventor las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo.

Una vez comunicadas al Concesionario las consideraciones de Aerocivil sobre la posible causación de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma. En tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa." (Negrillas suprimidas).

De acuerdo con la estipulación transcrita se evidencia que se establece un procedimiento contractual para la imposición de las multas y se regula una competencia unilateral de derecho público, aspectos que violan claramente el principio de reserva de ley en los procedimientos y el principio de legalidad, ambos propios del debido proceso constitucional (artículo 29). La consecuencia jurídica

para las mencionadas transgresiones, en materia de contratación estatal, es la ineficacia de pleno derecho.

En efecto, el remedio para este tipo de cláusulas arbitrarias es el previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 que dispone, en lo pertinente:

“Artículo 24. Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

5o. En los pliegos de condiciones: (...)

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación (...)

(...)

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

(...)

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o (términos de referencia)⁵³ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.” (Subraya la Sala. Paréntesis fuera de texto)

El procedimiento irregular previsto en la cláusula 63.20.2 limita de manera ostensible la facultad exorbitante de imposición unilateral de multas, la cual es de orden público, llegando incluso a arrogarse de manera arbitraria el desconocimiento de la función administrativa en cabeza de Aerocivil y las competencias que en desarrollo del principio de legalidad consagrado, entre otros, en los artículos 6, 29 y 121 de la Constitución Política le han sido asignadas directamente por la ley 80 de 1993, reiteradas y precisadas por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, al negar la condición de actos administrativos a aquellos que expide esa entidad en desarrollo de la actividad contractual pública.

Recuerda la Sala que los elementos y la validez de los actos administrativos son fijados directamente por el legislador, así como las autoridades competentes para expedirlos, y en momento alguno tales competencias pueden ser derogadas por las partes de un contrato estatal. Además, 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

⁵³ Locución derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

derechos sino a potestades que se encuentran claramente determinadas y delimitadas material y temporalmente.

Por otra parte, claramente la cláusula transcrita deja en la *voluntad exclusiva* del concesionario la decisión de una potestad exorbitante de la Administración como es la de imponer las multas por incumplimiento pactadas en el contrato, como quiera que "...*puede manifestar dentro de los diez (10) días siguientes su desacuerdo con el contenido*" de la comunicación de Aerocivil sobre la causación de la multa, circunstancia que desnaturaliza la citada potestad, así como las competencias públicas de Aerocivil fijadas en la ley relativas al control y vigilancia de la actividad contractual.

Dejar a la voluntad exclusiva del concesionario la potestad exorbitante de imponer las multas por incumplimiento, desconoce lo dispuesto en el literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, estipulación que termina siendo abusiva⁵⁴ respecto de la entidad pública contratante, de manera que no cumple con el requisito de ser una cláusula o condición objetiva⁵⁵, justa⁵⁶ y clara⁵⁷.

Se insiste en que la cláusula al establecer un procedimiento que tiene reserva legal, en particular, referido al derecho constitucional al debido proceso sancionatorio en materia contractual, lleva inexorablemente también a la fijación de reglas que no son "*objetivas, justas y claras*", desconociéndose el referido literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993.

Además, establecer como lo hace la citada cláusula que "*las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada*

⁵⁴ Las denominadas "cláusulas abusivas" vejatorias o leoninas son aquellas en virtud de las cuales se establecen facultades mayúsculas o desproporcionadas para una de las partes; o la renuncia, restricción o limitación de aquellas prerrogativas conferidas a una de ellas por el ordenamiento; u obstáculos o restricciones para su utilización; o exoneración total de deberes o responsabilidades de una de las partes en detrimento de la otra, con total carencia de paridad prestacional, generando con ello una inequidad, supremacía, desequilibrio o inestabilidad en los derechos y las obligaciones contractuales durante la celebración o ejecución del negocio, y sin amparo o patrocinio expreso en las disposiciones legales. El ordenamiento jurídico determina la sanción que corresponda a la cláusula abusiva; o en su defecto, para su control debe acudir a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual, de manera que puede comportar todas las especies de ineficacia dependiendo de lo que puntualice la ley para la materia de que se trate, esto es, la inexistencia, la nulidad total o parcial (según si la afectación versa sobre un elemento existencial o fundamental del negocio jurídico), o incluso, como en este evento por los hechos descritos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la ineficacia de pleno derecho, que opera sin necesidad de declaración judicial, sanción por la que optó el Legislador en esa misma norma.

⁵⁵ "*objetivo*, va. (...) 2. adj. Desinteresado, desapasionado". Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española.b

⁵⁶ "*justo*, ta. (Del lat. *iustus*). 1. adj. Que obra según justicia y razón. U. t. c. s.. 2. adj. Arreglado a justicia y razón". Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española.

⁵⁷ "*claro*, ra. (Del lat. *clarus*). (...) 2. adj. Que se distingue bien. 3. adj. Limpio, puro, desembarazado. (...) 4. adj. Transparente (...) 9. adj. Inteligible, fácil de comprender. (...) 10. adj. Evidente, cierto, manifiesto. (...) 1. loc. verb. coloq. Estar seguro de ello, no tener dudas." Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española.

para efecto alguno como un acto administrativo", se constituye claramente para dicha entidad pública en una condición y exigencia de imposible cumplimiento, como quiera que implica la derogatoria de las potestades públicas previstas en la ley 80 de 1993, reiteradas y precisadas en las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y de paso el desconocimiento del principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, según se ha explicado a lo largo de este concepto.

A este respecto, es bueno recordar que la ley 80 de 1993 dispone que las entidades públicas podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, y que, en tal virtud, podrán incluir todas las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, las buenas costumbres, las finalidades de la ley 80 y la buena administración (artículo 40), contratos que se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, con excepción de las materias particularmente reguladas en el estatuto contractual (artículo 13 *ibidem*).

Por eso el artículo 24 numeral 5 inciso final de la ley 80, sanciona con ineficacia de pleno derecho, aquellas estipulaciones de los pliegos de la licitación y de los contratos que contravengan lo establecido en esa norma.

Por consiguiente, la cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en los términos antes indicados, es ineficaz de pleno derecho, o sea, de entrada no puede tener ningún efecto en el mundo jurídico, sin que para ello se requiera decisión judicial⁵⁸. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, al analizar las estipulaciones de los contratos estatales y su nexo con las potestades excepcionales, ha considerado ineficaces de pleno derecho cláusulas arbitrarias como la estudiada. Así, en sentencia de 26 de febrero 2009, expediente 7600-1233-1000-1996-22807-01 (17.211)⁵⁹, señaló:

"[L]a Cláusula Vigésima del Contrato C-012 de 1994, que se invocó también como fundamento de derecho del acto administrativo demandado, mediante la cual '...EL CONTRATISTA renuncia a cualquier reclamo en el evento de terminación unilateral...' y específicamente por las causales en ella señaladas, entre otras la de la letra c. citada en dicho acto (incumplimiento de las obligaciones del contratista), resulta ineficaz de pleno derecho, esto es, carece ipso iure de efectos jurídicos. En efecto, esta figura que

⁵⁸ Establece el artículo 897 del Código de Comercio que: "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

⁵⁹ Sobre la ineficacia de pleno derecho en los contratos estatales también puede consultarse la sentencia de la Sección Tercera de 26 de abril de 2006. Radicado: 66001-23-31-000-3637-01 (16.041).

fue traída del régimen mercantil a la contratación pública por la Ley 80 de 1993, se encuentra establecida en el inciso final del numeral 5° de su artículo 24, en los siguientes términos: '...Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos (...) y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados'. Sobre el alcance de este precepto, la Sala destacó que se estaba delante de una situación de ineficacia que no requería declaración judicial: 'Aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia [o en los contratos] que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por 'ineficacia de pleno derecho', sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5° del citado artículo.'

Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, puede ser inaplicada en el caso concreto...

Pues bien, nótese que la Cláusula Vigésima del contrato sub examen, a la vez que consagró varias hipótesis no contempladas en el ordenamiento jurídico para el uso de la facultad de terminación unilateral del contrato, tales como las previstas en las letras c, d y e y que, por ende, resultan ostensiblemente ilegales, por infringir los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993; impuso al contratista una renuncia indebida para reclamar por vía administrativa o por vía judicial cualquier perjuicio que se pudiera derivar de su ejercicio, con lo cual sujetó el uso de esa facultad y sus consecuencias únicamente al mero juicio y capricho de la entidad pública, en contravención a lo dispuesto en la letra e. del numeral 5 del artículo 24 ibídem, por cuya inteligencia en los contratos no se pueden establecer reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

En este sentido, la Cláusula Vigésima en cita, según la cual el contratista abdica de toda reclamación derivada de la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad pública y que implica una exoneración total y a priori de la responsabilidad que a ésta le pueda caber por el ejercicio de dicha facultad, constituye una estipulación arbitraria, caprichosa, vejatoria y abusiva, prohibida expresamente en el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y que, por lo mismo, no podía incluirse en ese negocio jurídico, so pena de ineficacia de pleno derecho, sanción prevista por el Legislador para aquella condición o regla que vulnera las pautas consagradas en esa norma imperativa, de orden público y propia del ius cogens.

Es decir, esta cláusula de renuncia anticipada de facultades, pretensiones y acciones y de exoneración de responsabilidad absoluta y total en los términos antes indicados sin fundamento en la ley, es radicalmente ineficaz, o sea, de entrada no puede tener

ningún efecto en el mundo del derecho.

En conclusión, sobre la Cláusula Vigésima del Contrato C-012 de 1994, que se citó como fundamento del acto administrativo sub iudice, pesa una sanción aun más drástica y severa que la de la nulidad absoluta que denunció el actor, cual es la de su ineficacia de pleno derecho, dado que adolece de un vicio de ilegalidad de tal gravedad que el propio ordenamiento jurídico le niega in limine cualquier efecto, sin que para ello se requiera declaración judicial y, por tanto, no puede ser soporte de derecho de los actos administrativos examinados". (Las notas a pie de página del texto original fueron suprimidas. Subrayado textual).

La providencia transcrita no hace más que ratificar lo expuesto por la Sala en el sentido de que, *ab initio*, la cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 es ineficaz de pleno derecho, esto es carece de efectos, sin que para ello se requiera declaración judicial.

De acuerdo con lo anterior, ante la ineficacia de pleno derecho de la citada cláusula, la Sala concluye que actualmente el procedimiento para la imposición de multas en el contrato de concesión 6000169 OK de 2006 debe observar exclusivamente lo dispuesto en los artículos 17 y 86 de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, respectivamente, según se ha explicado; y en los vacíos procedimentales que contengan dichas leyes, la Aerocivil podrá servirse del procedimiento administrativo sancionatorio general previsto en los artículos 47 y ss. de la ley 1437 de 2011.

F. La modificación unilateral del contrato de concesión 6000169OK 2006

Sobre esta potestad exorbitante de la Administración la Sala se pronunció ampliamente en el Concepto 1952 de 2009, precisamente relacionado con el citado contrato de concesión, motivo por el cual a él se remite, bajo la consideración de que esta facultad exorbitante únicamente es procedente para la supresión o adición de obras, suministros o servicios, y siempre que se reúnan los supuestos de hecho y de derecho previstos en los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993.

Por lo tanto, si lo que la Administración busca es la modificación del procedimiento previsto en la cláusula 63.20.2, esta actuación no solo no encaja dentro de los presupuestos establecidos en las normas que regulan dicha potestad, sino que resulta improcedente por sustracción de materia, comoquiera que esa cláusula es ineficaz de pleno derecho, según se ha dicho, y por lo mismo no está llamada a producir efecto alguno.

Y si lo que se quiere es regular un procedimiento para la imposición unilateral de las multas en el contrato de concesión 6000169 OK 2006, la modificación tampoco es viable jurídicamente, dado que para tal efecto existe reserva legal, según también se ha explicado. Lo procedente es utilizar y dar cumplimiento a las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86, que rigen la materia.

G. Conclusiones

De las consideraciones expuestas a lo largo de este concepto se extraen las siguientes conclusiones:

- i)* El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (acto administrativo);
- ii)* El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato;
- iii)* El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tiene efectos inmediatos y retrospectivos. Significa lo anterior que si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante;
- iv)* La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la facultad de regular tales situaciones;
- v)* La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por tanto no produce efectos jurídicos, y

vi) El procedimiento para la imposición unilateral de multas en el contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86.

Con base en las anteriores consideraciones,

III. LA SALA RESPONDE:

“1. ¿Estaría la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, facultada para entrar a modificar unilateralmente el régimen sancionatorio y coercitivo contenido dentro de la cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 6000169OK - 2006, atendiendo lo establecido en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993?”

No. La modificación unilateral de un contrato estatal únicamente es procedente para la supresión o adición de obras, suministros o servicios, y siempre que se reúnan los supuestos de hecho y de derecho previstos en los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993, circunstancias que no se aprecian en el caso sometido a consulta, toda vez que el régimen de imposición de sanciones de un contrato estatal y el procedimiento para hacerlas efectivas es materia de reserva de ley, según se explicó en este concepto.

En este sentido, el procedimiento para la imposición unilateral de multas en el contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86 y en los vacíos procedimentales que contengan dichas leyes, la Aerocivil podrá servirse del procedimiento administrativo sancionatorio general previsto en los artículos 47 y ss. de la ley 1437 de 2011.

El procedimiento previsto en la cláusula 63.20.2 del contrato de concesión No. 6000169OK de 2006, es ineficaz de pleno derecho por expresa disposición del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por tanto, y sin perjuicio que no se reúnen los presupuestos del artículo 16 de la ley 80 de 1993, no corresponde a la lógica jurídica modificar una cláusula que no produce efecto alguno.

“2. Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión No. 6000169 OK - 2006, suscrito entre la AEROCIVIL y OPAIN, es anterior a la entrada en vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en caso de un posible incumplimiento del concesionario y como medida de apremio ¿Podría la entidad imponer una multa aplicando lo establecido en el citado artículo 17 ibídem, aunque en el contrato no se haya contemplado dicha posibilidad?”

Si. Lo establecido en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 es aplicable a los

contratos celebrados antes de la vigencia de dicha ley para la imposición unilateral de las multas pactadas en tales contratos, incluido el contrato de concesión No. 6000169OK de 2006, en virtud de los efectos inmediatos y retrospectivos previstos en esa ley, según lo explicado en este concepto. Para tal efecto, el procedimiento a seguir actualmente es el establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

“3. En caso afirmativo ¿Podría la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, desconocer el procedimiento sancionatorio regulado en la cláusula 63 del citado contrato de concesión y aplicar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?”

De conformidad con las razones indicadas en este concepto, el procedimiento previsto en la cláusula 63.20.2 del contrato de concesión No. 6000169OK de 2006 es ineficaz de pleno derecho, por expresa disposición del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. En este sentido, para la imposición unilateral de las multas pactadas en dicho contrato lo procedente es aplicar el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

No se trata entonces de “desconocer” el contrato sino del obediencia de un mandato legal y el ejercicio de unas competencias también de rango legal, conductas que son exigibles a todo servidor público por expreso mandato de los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política.

“4. En caso de ser afirmativas las anteriores respuestas ¿Cuáles son los requisitos necesarios o indispensables para que la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil proceda a la modificación unilateral del contrato de concesión conforme a lo antes planteado, en lo que respecta a la cláusula de multas?”

Sin perjuicio de la respuesta dada a la pregunta 1, la modificación unilateral del procedimiento para la imposición unilateral de las multas en el contrato de concesión 6000169 OK 2006 no es viable jurídicamente, toda vez que existe reserva legal en esa materia, según se ha explicado en este concepto, luego lo procedente es aplicar las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86, que establecen el procedimiento para la imposición unilateral de multas en el contrato estatal.

“5. ¿Pueden los organismos de control exigir una modificación contractual al régimen sancionatorio contemplado en el contrato de concesión?, en este sentido. ¿Es viable que se modifique el régimen sancionatorio acordado por las partes en el contrato de concesión, para subsanar los hallazgos planteados por los organismos de control?”

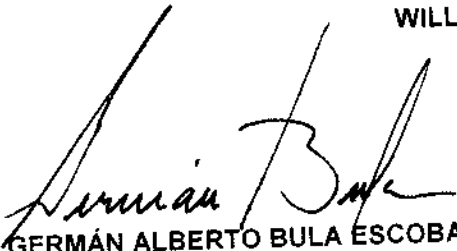
La Sala se remite a las respuestas dadas a las preguntas 1 y 4.

"6. Las decisiones contenidas en los Laudos Arbitrales de fecha 28 de septiembre de 2010 y 4 de octubre de 2012 en lo que respecta al régimen sancionatorio contenido dentro del Contrato de Concesión No. 60001690K-2006 ¿Se considerarían precedentes judiciales que podrían aplicar el concedente y el concesionario?"

Sin perjuicio del cumplimiento de lo ordenado en los citados laudos arbitrales para los casos concretos allí decididos, en ellos no se discutió la potestad de la Aerocivil para imponer y hacer efectivas unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato de concesión 6000169 OK 2006. Igualmente, tampoco se discutió la ineficacia de pleno derecho de la cláusula 63.20.2 del referido contrato. De esta manera, los supuestos fácticos y jurídicos en que se fundamenta dicha potestad, así como los efectos jurídicos de la mencionada cláusula, no han sido objeto de consideración ni mucho menos de decisión en los citados laudos arbitrales, motivo por el cual no pueden ser considerados precedente judicial en la materia.

Remítase a la señora Ministra de Transporte y a la Secretaria Jurídica de Presidencia de la República.


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

70 FEB. 2014

LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO NO. 20141300027411
DE FECHA 3 DE FEBRERO DE 2014.