



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006).

Radicación: 1.748

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

[Ver el Fallo del Consejo de Estado 18410 de 2001](#)

Referencia: Cláusulas penales en los contratos estatales.

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

El señor Ministro de Defensa Nacional, Dr. Camilo Ospina Bernal, consulta a la Sala sobre la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al pacto de multas dentro de los contratos estatales, y sus efectos jurídicos.

Expone que con base en el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual "Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales", las entidades públicas pueden pactar en los contratos estatales, estipulaciones cuyo único fundamento y oponibilidad sea el acuerdo de las partes materializado con la suscripción del contrato, con la finalidad de conminar al contratista a su cumplimiento, o de sancionarlo por el retraso o incumplimiento de las obligaciones, facultando a dichas entidades para imponerlas, previa observancia de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y a la controvertibilidad de la prueba.

Menciona que con fundamento en el principio arriba indicado y en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, el Ministerio de Defensa ha pactado la cláusula de multas como mecanismo para inducir al contratista a cumplir sus obligaciones dentro del plazo contractual, incluyendo en ella la potestad de la entidad para imponerlas y descontarlas de lo adeudado, sin necesidad de recurrir al juez del contrato. A modo de ejemplo cita las fórmulas: "...LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas..." y "una vez en firme la resolución que imponga multas, podrá ejecutarse la garantía contractual, o tomarse del saldo a favor del CONTRATISTA si lo hubiere". En sustento de la juridicidad de éstos pactos, transcribe apartes de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de Julio de 1998 bajo el número de radicación 13988, en los cuales se lee "...la administración sí tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos".

Expresa el Ministerio consultante que la cláusula de multas obtiene su carácter excepcional de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, no de las potestades especiales consagradas en la Ley 80 de 1993 a favor de la Administración; y que su eficiencia depende de que la sanción se imponga antes del vencimiento del plazo contractual, "todo lo cual justifica que sea la misma entidad pública quien expida el acto administrativo que declara simultáneamente el incumplimiento parcial y la multa".

Posteriormente cita un párrafo de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2005 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, dentro del expediente número 14579, que señala que las entidades públicas pueden estipular la cláusula penal y las multas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero no pueden pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, por lo que "cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducir las en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente".

Teniendo en cuenta que según esta sentencia las entidades públicas no pueden imponer directamente la sanción y descontar su valor de los

Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

saldos adeudados al contratista, el Señor Ministro formula a la Sala los siguientes interrogantes:

"1. En el contexto de lo antes expuesto, ¿El pacto de la fórmula "...LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas..." en las estipulaciones contractuales, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararlas, imponerlas y descontarlas unilateralmente?"

"2. ¿La estipulación de la cláusula penal, en las mismas condiciones expuestas en la pregunta anterior, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararla, imponerla y descontarla unilateralmente?"

"3. En el evento de que la respuesta anterior sea negativa:

a- ¿Cómo puede la entidad pública declarar, en forma expedita, el siniestro que faculta al cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas? si es probable que para el momento en que la decisión judicial se encuentre en firme, la vigencia de la póliza haya expirado.

b- ¿Procede la confirmación de una Resolución que impuso una multa, después que se ha conocido la sentencia del Honorable Consejo de Estado aquí mencionada?"

Para resolver, la Sala considera:

Con el fin de sustentar las respuestas que se dan al final de este concepto, procederá la Sala a efectuar el análisis de los siguientes puntos: uno inicial presentando la situación del tema a partir del cambio de legislación ocurrido con la ley 80 de 1993, pues buena parte de lo planteado en la consulta del Sr. Ministro se origina por el tránsito normativo, luego abordará las funciones y tipos de cláusulas penales, a la luz de la legislación ordinaria, para proceder a explicar por qué la estipulación de las multas que se pacta en la contratación estatal se asimila a las cláusulas penales, y por último, analizará el artículo 18 del Estatuto

General de Contratación de la Administración con el fin de exponer cómo se pueden integrar las cláusulas penales, incluyendo la denominada multas, con las potestades excepcionales de tal ley.

El presente concepto, al igual que las respuestas que se dan al final, siguen de cerca uno anterior expedido por esta misma Sala, bajo la radicación No. 1.2931, de fecha 14 de diciembre de 2000, con ponencia del Dr. Luis Camilo Osario, en el que se hizo un amplio análisis sobre las potestades excepcionales en la ley 80 de 1993 y su regulación.

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

Antes de la expedición de la ley 80 de 1993, actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encontraba vigente el decreto ley 222 de 1983. Este último consagraba un doble régimen jurídico para la contratación de las entidades públicas, el del derecho privado y el del derecho público, por lo que se hablaba en ese entonces de contratos de derecho privado de la administración y de contratos administrativos.

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

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

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

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

- La nueva legislación unifica en una sola categoría jurídica, la de los contratos estatales, la totalidad de la contratación pública, pero sólo permite incluir las potestades excepcionales en algunos de éstos;

- Esta unificación del régimen legal de los contratos se hace bajo la regulación general del derecho privado, pues al tenor del primer inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las

disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. "

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

Reseñados los cambios legales, es necesario darle un contenido preciso a los mismos con el fin de proceder a las respuestas solicitadas por el Sr. Ministro consultante, por lo que se pasa a analizar brevemente la regulación de las cláusulas penales en los Códigos Civil y de Comercio.

II. Las funciones de las cláusulas penales en derecho privado.

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

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

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que" como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato." (Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607).

Del párrafo transcrito, y en lo que tiene que ver con el concepto que se expondrá mas adelante, resalta la Sala los siguientes asertos que servirán de base al mismo:

- Ante todo, y a riesgo de ser superflua la advertencia, los términos sanción y pena, no son exclusivos del derecho sancionador, y en materia de contratos, no necesariamente hay que ser autoridad pública para poderlas exigir.

- Las cláusulas penales cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.

- La doctrina más autorizada, agrega que la cláusula penal también se emplea como garantía, la que "sólo se ofrece cuando a pena se estipula a cargo de un tercero, pues entonces, el acreedor tiene la alternativa de hacer efectiva la obligación principal sobre el patrimonio del deudor o de exigirle la pena a dicho garante."

- Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía.

- El pacto de las cláusulas penales facilita la exigibilidad del pago de los perjuicios causados, así como de la sanción convencional a manera de apremio o de garantía, pues al tenor del artículo 1599 del Código Civil "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."

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

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

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

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

Lo dicho, que se predica de todos los contratos, es también aplicable a las cláusulas penales, de suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción; salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que acudir al juez para que declare que el deudor está obligado a pagar el valor de la pena estipulada. Se anota que para exigir el pago de una cláusula penal no es necesario que el juez declare el incumplimiento del contrato, basta que esté en mora o haya sido reconvenido, puesto que la proposición en la que se afirme el incumplimiento del deudor, no debe probarse dentro del proceso ejecutivo, según se explica más adelante.

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

El profesor Hernando Morales Molina explica las anteriores afirmaciones en estos términos:

181. LA: CLÁUSULA PENAL. "..."

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

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

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

"Que la cláusula penal se presume compensatoria, excepto que las partes digan otra cosa, lo explica la Corte así: "Cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación en forma principal y se debe en el momento de la inexecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente" (G. 1. N° 1933, pág. 123)."

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

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

Como en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración no existe una regulación de las cláusulas penales o de las multas o similares y el artículo 13 del mismo expresamente remite la regulación de los contratos a los Códigos de Comercio y Civil, las entidades estatales pueden acordar las cláusulas penales reguladas por el derecho privado a las que se ha hecho mención en éste acápite. Enseguida se ocupa la Sala de analizar los efectos de estos pactos bajo el régimen del citado estatuto.

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

Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado," proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la "falta, exceso o delito", como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada "multa"

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

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

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

Considera la Sala que debe detenerse en el tema de la exigibilidad de las cláusulas penales, pues según se desprende de la consulta formulada por el Sr. Ministro, al desaparecer las cláusulas de multas y la penal pecuniaria como consecuencia del cambio de legislación, no es posible "imponer" ninguna de las anteriores. Como se advirtió el verbo "imponer" se encontraba en el derogado artículo 71 del decreto ley 222 de 1983, y se entendió como característico de una relación jurídica de subordinación, exclusiva del derecho público. La Sala considera que al desaparecer la legislación anterior y al tener que interpretarse las cláusulas de multas y la penal pecuniaria bajo el régimen de las cláusulas penales del código civil, no puede hablarse en estricto sentido de "imponer multas" sino de la "exigibilidad" de las penas estipuladas en los contratos, que como se dijo, son obligatorias a partir de la mora del deudor, y si no las paga voluntariamente, prestan mérito ejecutivo.

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

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

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

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

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

Es común que los estudiosos de la cláusula de caducidad de los contratos administrativos y estatales, centren su exposición en el ejercicio y límites de los poderes de la administración, pues se entiende que son tales potestades las que los diferencian de los contratos de derecho privado. La Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto No. 1293 ya relacionado, hizo un completo estudio sobre las potestades excepcionales en la ley 80 de 1993, bajo la óptica señalada, por lo que se remite al mismo, con el fin de limitar este análisis exclusivamente al tema de las cláusulas penales.

A pesar de la anterior advertencia, se recuerda que las 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 en varios casos son ordenados directamente por la ley y en otros su pacto es facultativo, potestades que significan que entre la autoridad contratante y el particular contratista se genera una relación contractual, que en principio supone la igualdad de las partes, pero que también lleva ínsita una relación de subordinación, que significa que la administración puede, aún sin el consentimiento de su 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.

potestades excepcionales, en la siguiente forma:

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

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. 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. "

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

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

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

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

Ahora bien, de acuerdo con lo autorizado por el segundo inciso del artículo 18 transcrito y obviamente en consideración de las reglas de la sana administración, la entidad contratante puede decidir no caducar el contrato. En 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 compensación. Es indiscutible, bajo éste régimen del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración, que si el contratista no se aviene a convenir con la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, ésta puede, mediante acto administrativo debidamente motivado, adoptarlas y hacerlas obligatorias. Por tanto, y bajo el amparo del artículo 18 de la ley 80 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.

b) La operatividad de las cláusulas penales en los contratos estatales que carecen de la cláusula de caducidad.

De acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque

el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.

En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, su exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir a la jurisdicción administrativa, en cuyo caso tiene la opción propia del derecho privado: bien sea que ejecuta para el cumplimiento de la obligación principal mas la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales que sea posible acumular con la primera, o, bien sea que sólo ejecuta por la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria, según se expuso. Cuando no existan las potestades excepcionales enumeradas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración, la administración no puede expedir actos administrativos para terminar el contrato, o declarar el incumplimiento total o parcial del mismo.

Las anteriores afirmaciones chocan con la práctica contractual, pues en el clausulado de las garantías, las aseguradoras exigen la expedición de un acto administrativo en el que conste el incumplimiento como requisito para el pago del valor del siniestro, sin tener en cuenta que en el contrato garantizado no se incluyen las cláusulas excepcionales. El problema radica en dilucidar cuál es el efecto de una cláusula así establecida por el asegurador y su cliente, el contratista del estado.

Para la Sala es claro que esta estipulación contractual carece de la fuerza necesaria para atribuirle una competencia o potestad administrativa a una entidad pública, no sólo porque la administración no es parte del contrato de seguro de cumplimiento, sino porque sólo la ley y los reglamentos que la desarrollen pueden asignar funciones públicas. Además sería inútil para la administración expedir unos actos administrativos para el cobro de las garantías que posteriormente serían anulados por la jurisdicción contencioso administrativa por falta de competencia. Entonces, la única solución posible es la de aplicar en éste tema en su integridad las reglas del código de comercio, según las cuales es necesario presentar una reclamación ante las compañías de seguros, quienes deberán proceder a pagar el siniestro o a objetarlo en forma motivada, recordando además que la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola en los casos del artículo 1053 del código de comercio.

e) Consideraciones finales.

Para concluir éste acápite, procede la Sala a efectuar tres consideraciones: la primera consiste analizar la posibilidad y límites que tiene la administración para incluir en la liquidación del contrato, bien la consensuada o la unilateral, el valor causado por la exigibilidad de las cláusulas penales; la segunda es referente a la vigencia de las pólizas de garantía, y por último, plantear coordinación con la jurisprudencia y doctrina de la Corporación.

En relación con el contenido de la liquidación del contrato estatal, se hace notar que ésta institución no es exclusiva de aquellos contratos en los que se hayan pactado o deban ser incluidas las potestades excepcionales, siendo común a todos los que encajen en la categoría de Estatales y que sean de tracto sucesivo o que por su naturaleza lo requieran. Tanto en el convenio en el que se establezca el mutuo acuerdo para liquidar el contrato, como en el acto administrativo que la haga, es posible incluir el valor de las cláusulas penales que sean exigibles, en la forma como se ha expuesto. Se aclara que la liquidación unilateral del contrato no puede convertirse en una suerte de nueva potestad exorbitante para que la administración "imponga" sanciones no autorizadas por la ley, o cláusulas penales no exigibles. Dado que al ser exigibles las cláusulas penales prestan mérito ejecutivo, deben ser incluidas en la liquidación del contrato como un pasivo a cargo del contratista.

Pasando al segundo tema, advierte la Sala que la pregunta formulada en la consulta distinguida con la letra "a)", parece suponer que la declaración del siniestro que faculta al cobro de las pólizas debe hacerse durante la "vigencia" de las mismas. Debe recordarse entonces que la ley 80 de 1993 exige por parte del contratista la constitución de una "garantía única", consistente en una póliza de seguros o una garantía bancaria, que deberá mantenerse vigente durante la "vida" del contrato y su liquidación, con la expresa advertencia de que tratándose de pólizas, su expiración no opera ni por falta del pago de la prima ni por la revocatoria unilateral.

La vigencia de las pólizas de seguros es el lapso en el cual la aseguradora se obliga a responder por el riesgo amparado; asunto que remite a la oportunidad de la ocurrencia del siniestro para efectos de hacer exigible "la deuda de responsabilidad", que es para la doctrina lo que el siniestro determinado, así como a la prescripción.

El Código de Comercio asume el criterio de que el siniestro es la ocurrencia del hecho, de manera que es la fecha de ocurrencia del siniestro la que determina el inicio del término de prescripción respecto de la víctima, pues respecto del asegurado, el término de la prescripción iniciará con la reclamación. A su vez, el Código en cita regula dos modalidades de prescripción: la ordinaria, de dos años, contada a partir del momento en que el asegurado conoció o debió tener conocimiento del siniestro, y la extraordinaria, de cinco años, que se cuenta desde la ocurrencia del siniestro.

De esta manera, para que las aseguradoras respondan por el riesgo de incumplimiento por ellas asegurado, éste debe llevarse a cabo dentro del plazo de vigencia de la póliza. El procedimiento será, como se dijo, bien mediante acto administrativo en los casos en que se ejerciten las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, o bien mediante reclamación siguiendo el establecido en el código de comercio en los demás.

Antes de concluir, es claro para la Sala de Consulta y Servicio Civil que la interpretación que ha hecho de la operatividad de las multas en tanto cláusulas penales y la del artículo 18 de la ley 80 de 1993 pueden ser vistas como una contradicción con providencias de la Sección Tercera de esta Corporación, en especial con la sentencia citada por la misma solicitud de concepto, expedida en el proceso No. 14579, de fecha 20 de octubre de 2005, la que ha recibido amplia divulgación. Igualmente, en el concepto dictado por esta Sala de Consulta y Servicio Civil

anteriormente citado, también pueden encontrarse algunas diferencias conceptuales.

A pesar de la impresión que pudiere darse, la Sala en el presente concepto se ha basado en los anteriores pronunciamientos tanto jurisdiccionales como los expedidos en ejercicio de la función consultiva, sintetizándolos bajo una perspectiva de conjunto, dada la amplitud de las preguntas formuladas por el Sr. Ministro, situación que no se presenta dentro de las decisiones judiciales en las que las pretensiones de la demanda limitan el estudio de las normas que debe interpretar y aplicar el juzgador.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

"1. En el contexto de lo antes expuesto, ¿El pacto de la fórmula "...LA ENTIDAD podrá imponer al CONTRATISTA multas..." en las estipulaciones contractuales, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declarar/as, imponerlas y descontarlas unilateralmente?"

1 °. Dado que en el derecho contractual vigente, no existe un referente legal exacto que permita interpretar y extraer los efectos jurídicos de una cláusula en la que se acuerde la facultad para "imponer al contratista multas," en principio tal disposición debe ser interpretada siguiendo las reglas propias de las cláusulas penales, teniendo en consideración que si cumple una función de apremio o de garantía éstas deben ser inequívocas; y que en caso de duda en su interpretación, debe tomarse como cláusula penal a manera de tasación anticipada de perjuicios. Entonces, si esta cláusula penal intitulada como multa, es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del Código Civil.

"2. ¿La estipulación de la cláusula penal, en las mismas condiciones expuestas en la pregunta anterior, faculta a la entidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, para declararla, imponer/a y descontarla unilateralmente?"

2° La estipulación de una cláusula penal está regulada por los artículos 1592 a 1601 del código Civil, y el 867 del código de comercio, y a estas normas habrá de remitirse en caso de ser pactada en un contrato estatal. Si esta cláusula penal es exigible a partir del incumplimiento o de la mora del contratista, la administración podrá cobrar su valor al contratista, bien sea incluyéndola en los actos administrativos en que se ejerza alguna de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, bien sea adelantando un proceso ejecutivo contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente podrá compensarla de acuerdo con las reglas generales del código Civil.

"3. En el evento de que la respuesta anterior sea negativa:

a- ¿Cómo puede la entidad pública declarar, en forma expedita, el siniestro que faculta al cobro de las pólizas de cumplimiento que comprendan el pago de las multas? si es probable que para el momento en que la decisión judicial se encuentre en firme, la vigencia de la póliza haya expirado.

3°. a) El garante de las obligaciones del contratista en la contratación estatal, es por lo general una compañía aseguradora que ha expedido un seguro de cumplimiento. Este está obligado a pagar, en los términos de su contrato, cuando el contratista incumpla. Si la administración está autorizada a dictar actos administrativos como en el caso de las potestades del artículo 18 de la ley 80 de 1993, deberá pagar contra la ejecutoria de los mismos. Si carece de ésta facultad, la administración deberá presentar una reclamación en los términos del código de comercio.

b- ¿Procede la confirmación de una Resolución que impuso una multa, después que se ha conocido la sentencia del Honorable Consejo de Estado aquí mencionada? "

3 °. b) Del texto de la consulta formulada a la Sala de Consulta y Servicio Civil no se desprende ningún fundamento para dar respuesta a ésta pregunta.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala