

CLÁUSULA DE MULTAS Y PENAL PECUNIARIA EN LA LEY 80 DE 1993 ORIGINAL, 1150 DE 2007 Y EN LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS¹

Sebastián Ramírez Grisales²

RESUMEN. Este escrito analizará algunos aspectos de la cláusula de multas y penal pecuniaria en los contratos estatales, estructurando el texto a partir del libro del profesor David Suárez Tamayo³. De esta manera, se analizarán los siguientes aspectos: *i)* su aplicación en vigencia del texto original de la Ley 80 de 1993, acápite donde se analizará la posibilidad de que las entidades estatales las impongan de manera unilateral o tengan que acudir al juez del contrato; *ii)* luego se analizará el panorama en vigencia de la Ley 1150 de 2007, especialmente, con la claridad que brindó el artículo 17 sobre la posibilidad de que la Administración las impusiera de forma directa; *iii)* finalmente, se estudiarán las cláusulas en relación con las *entidades exceptuadas*, concluyendo que si bien pueden *pactarlas*, para *imponerlas* deben acudir al juez del contrato.

Introducción

Este texto analizará algunos aspectos de la cláusula de multas y penal pecuniaria en los contratos estatales. Para ello, se partirá de las consideraciones realizadas por el profesor David Suárez Tamayo en su libro *Cláusula de multas y penal pecuniaria*, de la serie *las Cláusulas del Contrato Estatal*, específicamente, en los capítulos 3, 4 y 7. En tal sentido, este escrito se desarrollará en armonía con los capítulos indicados.

1. Cláusula de multas y penal pecuniaria en la Ley 80 de 1993, antes de su modificación por la Ley 1150 de 2007

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 30 de abril de 2016, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA. Para su preparación recibió la orientación de un Profesor—Asesor, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo— sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la cláusula de multas y penal pecuniaria, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) David Suárez Tamayo.

² Auxiliar de investigación, nivel V, del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

³ SUAREZ TAMAYO, David. *Cláusula de multas y penal pecuniaria*. Serie: *Las cláusulas del contrato estatal*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, 2014.

El Decreto-Ley 222 de 1983 reguló como poderes exorbitantes las cláusulas estudiadas en los artículos 60 a 73; de hecho, para los contratos *propriadamente administrativos* se señaló que debían incluirse forzosamente —art. 60—. Además de la obligatoriedad, y aquí es donde recae lo exorbitante, se autorizó a la Administración para imponer directa y de forma unilateral las multas —art. 71—, al igual que la facultad de hacer efectiva la cláusula penal (en adelante también *pena*) directamente en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. No obstante, el panorama variaba en los *contratos de derecho privado de la Administración*, ya que, aunque existía la posibilidad de pactarlas, tal como podían hacerlo los particulares, estaban imposibilitados para imponerlas autónomamente, ya que ello implicaba el ejercicio de poderes exorbitantes⁴.

La regulación expuesta varió de forma diametral con la Ley 80 de 1993, que incluso omitió definir la procedencia de pactar multas o cláusulas penales, al igual que la posibilidad de imponerlas unilateralmente. Ante dicho panorama, David Suárez señala que se presentó una gran incertidumbre respecto al tema, planteando los siguientes interrogantes: «... ¿bajo la Ley 80 de 1993 desaparecieron las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos del estado (sic)?, ¿No se pueden incluir dichas cláusulas en los contratos?, ¿Se podrán pactar?, ¿Podrá la Administración imponerlas o hacerlas efectivas sin necesidad de acudir al juez del contrato?»⁵.

Este silencio legal se destaca en el artículo 14, que se ocupa de las cláusulas excepcionales, dejando por fuera las multas y la pena. Pese a lo anterior, el legislador de 1993 en varios lugares utilizó los conceptos de «sanciones pecuniarias», «multas y sanciones impuestas», «multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto» —arts. 4.2; 22, inciso 5; y 22.1, respectivamente⁶—. A partir de estas normas aisladas el Consejo de Estado no

⁴ Así lo señala el profesor David Suárez, al igual que: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 473.

⁵ SUAREZ TAMAYO, Op. Cit., p. 111.

⁶ En lo pertinente dichos artículos establecieron: «4.2.: para la consecución de los fines de la contratación estatal, las entidades estatales: (...) 2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar». 22, inciso 5: en el registro único de proponentes se incluirán las «multas y sanciones impuestas y el término de su duración».

«22.1. De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del 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. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta».

definió el problema específico de la imposición y cobro directo y unilateral, o si para ello debía acudir al juez del contrato.

Pese a lo anterior, fue clara la posibilidad de *pactar* convencionalmente las multas o la *pena*, ya fuera por los indicios que dejaban las normas anteriores o, en definitiva, por la remisión que hace la Ley 80 de 1993 al derecho privado —arts. 13, 32 y 40—, ya que los particulares tienen la posibilidad de pactar estas cláusulas con fundamento en la autonomía de la voluntad y las normas específicas del derecho privado que regulan el tema —arts. 1592 y ss. del C.C. y art. 867 del C.Co.—. En este sentido, como señala David Suárez: con apoyo en la remisión a las normas civiles y comerciales, se trataba, al menos, de una cláusula convencional, acordada entre las partes, por lo que era posible pactarla; sin embargo, permanecía el problema de definir si las entidades estatales podían imponerlas unilateralmente y efectuar su cobro, sin acudir al juez del contrato⁷.

Respecto a la inquietud anterior, David Suárez expresa se perfilaron dos posturas en el Consejo de Estado, que se presentaron en tres etapas diferenciadas: desde la expedición de la Ley 80 de 1993 se consideró que no era posible imponerlas unilateralmente, debiendo acudir al juez del contrato para ejercerlas; luego, en 1998, con una sentencia de Ricardo Hoyos Duque, se varió el criterio considerando que la Administración podía aplicarlas unilateralmente; esta postura se mantuvo hasta el 2005, cuando se retomó el criterio inicial.

Como apoyo a la primera postura —imposibilidad de imponerlas directamente— se señalaron varios argumentos: *i)* la Ley 80 de 1993 omitió señalar, en el artículo 14, que se ocupa de las cláusulas excepcionales, la posibilidad de imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal, cuando ello encarnaría el ejercicio de una exorbitancia, argumento que parte de considerar que los particulares no pueden incluir una cláusula que habilite a una de las partes para imponer unilateralmente penalidades⁸.

ii) David Suárez señala que varios doctrinantes compartían la posición anterior, apoyándose en el principio de legalidad: «los poderes exorbitantes no pueden surgir de interpretaciones aisladas de las normas, ni de posiciones doctrinarias, sino de la voluntad expresa del legislador quien con total autonomía en un momento dado puede incluir o excluir prerrogativas a las

⁷ Ibid., p. 119.

⁸ «Con base en el principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus pretensiones debidas, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en dicha actividad negocial». (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1994. Exp. 9.288. C.P. Daniel Suárez Hernández).

partes, especialmente a las entidades»⁹. En tal sentido, para imponer unilateralmente las multas o la pena, el legislador debía consagrar expresamente dicha posibilidad, pues, como lo indica David Suárez, explicando la postura aludida, «... el hecho de no incluir las multas dentro del texto de la Ley 80 de 1993 no fue un error sino la manifiesta voluntad del legislador...»¹⁰

iii) María Elena Giraldo, en auto del 10 de febrero de 2005 —exp. 25.765—, señaló que las entidades estatales solo podían declarar el incumplimiento como presupuesto de la caducidad del contrato, por lo que aquella actuación solo podía hacerse en la forma prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, sin que existiera la posibilidad de hacerlo de forma autónoma, negando el apoyo normativo invocado por otros juristas, quienes acudían al artículo 4.2 de la Ley 80 de 1993.

La postura expuesta también fue defendida por el Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2005, concluyendo que si bien es posible pactar las multas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no pueden establecerse como potestades excepcionales, habilitando su imposición unilateral, ya que es una facultad que solo puede provenir de la ley, posibilidad que se tenía en el Decreto 222 de 1983, pero que fue derogada por la Ley 80 de 1993.

Del balance hecho por el profesor David Suárez —de manera anticipada— se destaca que la anterior fue la tesis que tuvo mayor acogida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Consejo de Estado; no obstante, la otra posición también tuvo su apoyo y pasará a exponerse.

La posición que David Suárez desarrolla como *segunda etapa*, se originó en una providencia del 4 de junio de 1998, con ponencia de Ricardo Hoyos Duque¹¹, quien sustenta, en varios argumentos, la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal: i) Afirma que las multas sí se consagraron expresamente en la Ley 80 de 1993¹², y de su redacción se entiende que las entidades podían emplearlas; ii) con apoyo en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señaló que las partes deben cumplir el contrato estatal con sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de fundamento, ya que los contratistas aceptan dichas condiciones al presentar sus ofertas, por tanto, las partes las pactan de común acuerdo y a ellas deben atenerse; iii) el criterio definitivo en el que apoya la posibilidad de imponer unilateralmente las multas

⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 479.

¹⁰ SUÁREZ TAMAYO, Op. Cit., p. 125.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 1998. Exp. 13.998. C.P. Ricardo Hoyos duque. Posición ratificada por el mismo ponente en providencia del 20 de junio de 2002 —Exp. 19.448—.

¹² Las normas *aisladas* que se refirieron a las multas y la cláusula penal en la Ley 80 de 1993 y que se expusieron previamente.

es el carácter ejecutivo que, por regla general, tienen todos los actos administrativos:

«La administración tiene como competencia para imponer unilateralmente, sin acudir al juez, las multas pactadas en el contrato estatal, en virtud del carácter ejecutorio que como regla general otorga el artículo 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3o. de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan «los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados», bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactadas en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista¹³».

David Suárez, comentando esta postura, señala que se apoya en el contenido implícito del artículo 3, que trata de los fines de la contratación estatal, entre ellos garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, también, en el deber de control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal, deduciéndose de estos contenidos que *implícitamente* se le otorgó la posibilidad de imponer multas. De esta manera, el profesor Suárez sintetiza esta postura señalando que conforme a ella «las multas se podían fijar de común acuerdo entre las partes y que la Administración podía imponer dichas multas unilateralmente y sin acudir al juez del contrato».

Esta postura, aunque minoritaria, no fue tan solitaria, ya que la doctrina también prestó su apoyo. En este sentido, se destaca la argumentación de Escobar Gil, quien señala, de una forma general, que el *privilegio* más relevante de la Administración en los contratos estatales consiste en la decisión unilateral y ejecutoria, que la habilita para ejercer directamente los derechos y potestades originados en la ley y el contrato, sin acudir a la justicia administrativa. En tal sentido, se trata de un privilegio de naturaleza extracontractual, en cuanto no tiene fundamento en los principios y reglas de la contratación estatal, sino en la tutela que el ordenamiento presta al interés público para imponer coactivamente la voluntad de la Administración sobre los contratistas¹⁴.

De manera específica, señala que esa prerrogativa le permite a las entidades públicas ejercer las siguientes potestades y derechos derivados del contrato, sin acudir a la justicia administrativa —de allí se destaca que algunas se apoyan en típicas cláusulas exorbitantes, pero otras no—:

¹³ Ibid.

¹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2009. p. 266.

«procediendo directamente a modificar el objeto del contrato (aumento o reducción de las prestaciones o alteración de las características o especificaciones técnicas); a variar el plazo (prórroga, suspensión o terminación anticipada); a interpretar las cláusulas del convenio; a *declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista*; a rescindir o anular el contrato por irregularidades en su celebración; a *imponer multas al colaborador privado*; a resolver el vínculo jurídico por incumplimiento (caducidad) o insolvencia económica o financiera del contratista; a *exigir el pago de la cláusula penal pecuniaria o estimación anticipada de los perjuicios*; a cobrar las garantías contractuales (buen manejo del anticipo, cumplimiento, salarios y prestaciones sociales, etc.); a *definir el valor de los ajustes, compensaciones o indemnizaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico de las prestaciones recíprocas*; y en fin, a liquidar el contrato»¹⁵. (Cursiva fuera de texto)

Más adelante, refiriéndose a la posibilidad de imponer sanciones coercitivas como las multas, señala que «... El fundamento legal se haya en el inciso 2o. del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que inequívocamente le atribuye la facultad a la Administración, en caso de que decida abstenerse de declarar la caducidad, de adoptar *las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contractual*»¹⁶.

Esta postura de Escobar Gil tiene apoyo, como la de Ricardo Hoyos, en la *autotutela* declarativa y ejecutiva propia de la Administración; pero el primero pretende, al menos en relación con las multas, hallar un apoyo claro en al Ley 80 de 1993 que, a su juicio, se encuentra en el inciso segundo del artículo 18. Igual conclusión expresa el autor citado en relación con la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal, cuyo apoyo se encuentra en la *autotutela* declarativa¹⁷.

Quedan así expuestas las dos posturas en relación con la posibilidad de imponer las multas o cláusulas penales directa y de forma unilateral o bien, teniendo que acudir al juez del contrato, mediante la acción contractual.

Pese a que la posición dominante fue la de la incompetencia para imponer directamente las multas y *penas*, David Suárez señala que «... no muchas entidades hicieron caso a tal decisión, dado lo complejo, demorado,

¹⁵ Ibid., p. 267.

¹⁶ Ibid., p. 368.

¹⁷ «La entidad pública para obtener la efectividad de la cláusula penal pecuniaria debe previamente pronunciarse en torno al hecho que el contratista ha incumplido sus obligaciones; lo que al igual que el punto anterior, podrá realizar mediante una declaración unilateral en ejercicio del privilegio de la autotutela declarativa sin necesidad de acudir al juez del contrato» (Ibid., p. 391).

ineficaz que se tornaría la imposición de multas al tener que acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo»¹⁸.

Aunque es discutible cuál de las dos posturas acoger, debido a los argumentos que soportan a cada una, y otros que se podrían sumar, lo que el particular considera es que la Administración *debe* y *debió* tener la facultad de imponer estas cláusulas unilateralmente, respetando las garantías de los administrados en su ejercicio, tales como el debido proceso; no hacerlo desarticularía la función de garante del interés general, inherente a la Administración pública, ya que se requieren decisiones y herramientas ágiles que garanticen la continuidad de los servicios a cargo del Estado, además que la necesidad de acudir al juez contencioso en un país donde las decisiones judiciales son tan tardías, impediría la protección de las finalidades aludidas.

Quizá esta perspectiva, sumada a la inseguridad jurídica del momento, dieron origen a la Ley 1150 de 2007, que brindó una gran claridad ante las incertidumbres dejadas por la Ley 80 de 1993; de aquella se ocupará el siguiente acápite.

2. Cláusula de multas y penal pecuniaria en la Ley 1150 de 2007

Como se anunció, esta ley iluminó la penumbra que tuvo la Ley 80 de 1993 en relación con la posibilidad de imponer directamente las cláusulas estudiadas en este texto. En tal sentido, el artículo 17 dispuso:

«Art. 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

¹⁸ SUAREZ TAMAYO, Op. Cit., p. 145

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».

A partir de la disposición anterior, el profesor David Suárez propone lo siguiente: *i)* aunque el legislador estaba pensando en *sanciones*, al desarrollar las multas y la cláusula penal —la norma señala que el debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria—, más adelante, al ocuparse de las primeras, indica que su objetivo es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, dándoles un carácter de *apremio*.

ii) Aunque esto se tratará más adelante, el artículo 17 señaló que no aplica a todas las entidades públicas, sino para aquellas sometidas a la Ley 80 de 1993, las otras tendrían que acudir al juez del contrato para su imposición.

iii) Debe garantizarse el debido proceso, señalando, incluso, algunas etapas que deben cumplirse, con lo que se excluye la justificación de su garantía con la simple oportunidad de presentar recursos.

iv) El artículo 17 aplica a los procedimientos sancionatorios que se inicien luego de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, independientemente de que el contrato sea anterior; en este sentido, se aplica a las multas y cláusulas penales convenidas contractualmente con apoyo en la autonomía de la voluntad. Se recuerda que en vigencia de la Ley 80 fue pacífico considerar que era posible pactar dichas cláusulas: lo discutible era su imposición unilateral.

v) Pese a que hay un proceso de interlocución con el contratista en la imposición de las multas y la cláusula penal, lo que se debe a la necesidad de observar el debido proceso, con ciertas etapas especiales, ello no desvirtúa su carácter exorbitante, cuando se imponen unilateralmente, pues cumple con los requisitos de fondo de la naturaleza de las cláusulas excepcionales: «i) otorgan un poder, privilegio a favor de la Entidad Pública; ii) que la dejan en una situación de superioridad sobre el contratista, iii) se pueden imponer unilateralmente mediante acto administrativo, iv) gozan del privilegio de la presunción de validez, v) gozan del privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad, vi) pueden ser cobradas por vía de jurisdicción coactiva; vii) provienen de mandato legal, no de la convención entre las partes»¹⁹.

¹⁹ Ibid., p. 159.

vi) En principio, al tratarse de potestades exorbitantes, solo procederían de manera obligatoria en los 4 contratos señalados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, serían optativas en los de prestación de servicio y suministro, y en los demás contratos estarían proscritas²⁰; no obstante, lo cierto es que la posibilidad de inclusión será amplia, pudiendo estar presentes, en principio, en todos los contratos que celebren las entidades estatales, ya que, por un lado, no están comprendidas en la redacción inicial del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; de otro, la Ley 1150 de 2007 no estableció limitaciones en este aspecto para su aplicación.

El último asunto se relaciona con otro que también es importante, ya que toca con la jurisdicción competente para conocer de los actos administrativos mediante los cuales se imponen multas y se hace efectiva la cláusula penal. Se trata de determinar si es posible que los árbitros se pronuncien sobre estos temas, teniendo en cuenta que se definió que la imposición unilateral de estas cláusulas comporta el ejercicio de poderes exorbitantes.

Este tema no se analizará a profundidad. Solo se expondrá la jurisprudencia actual del Consejo de Estado en relación con este asunto, e independientemente de que se considere si esa postura es adecuada o no, se expondrán sus consecuencias en relación con el tema objeto de estudio. En este sentido, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 10 de junio de 2009:

«A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los *poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes*– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos²¹.

²⁰ Ibid.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Exp. 36.252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Esta tesis se reiteró en el auto del Consejo de Estado que unificó la jurisprudencia en torno a la imposibilidad de renunciar tácitamente al compromiso y la cláusula compromisoria, y pese a que el siguiente no fue el aspecto unificado, se indicó:

«En el presente asunto, el acto administrativo cuestionado por el actor es aquél por medio del cual, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la Administración declaró la terminación del contrato 488/96 y ordenó su liquidación, con fundamento en la segunda causal del artículo 44 de esa misma Ley, esto es, por haberse celebrado el contrato estatal «contra expresa prohibición constitucional o legal»; por consiguiente, es claro que dicho acto administrativo contractual puede ser sometido al examen de árbitros, en tanto no corresponde a alguno de los actos administrativos contractuales que surgen de lo dispuesto en el precitado artículo 14 de la Ley 80 en mención²².

Conforme a lo anterior, y se repite, sin señalar si se comparten o no dichos pronunciamientos, la consecuencia que se sigue es que los árbitros son competentes para conocer de los actos mediante los cuales se imponen multas o se hace efectiva la cláusula penal, ya que no se trata de una de las potestades exorbitantes enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

3. Multas y cláusula penal en las *entidades exceptuadas*

Se reiteran las consideraciones efectuadas al analizar las cláusulas objeto de estudio en vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007. No hay duda de que es posible que estas entidades las *pacten*, ya que su estipulación se apoya en las normas del derecho privado que aplican a estas entidades y, en general, en el principio de la autonomía de la voluntad. Así, si los particulares pueden *incluirlas*, no hay razón para negarles la posibilidad a las *entidades exceptuadas*.

El problema radica en la posibilidad de que se *impongan* unilateralmente. Si al analizar esta posibilidad en la Ley 80 de 1993, la postura mayoritaria del Consejo de Estado negó dicha facultad a las entidades públicas, con mayor razón las conclusiones se extienden a las entidades exceptuadas y con motivos adicionales, ya que si a ellas no les aplica la Ley 80 de 1993, no es posible acudir a los fundamentos normativos invocados por la *segunda postura*²³ para justificar la imposición directa.

²² Consejo de Estado. Sección tercera. Auto de unificación del 18 de abril de 2013. Exp. 17.859. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²³ Esta *segunda postura* se desarrolló en el primer acápite.

Además, como se indicó en el acápite anterior, la Ley 1150 de 2007 señaló que el artículo 17 aplica a las entidades sometidas al EGCAP, por lo que implícitamente negó dicha posibilidad a las *entidades exceptuadas*; es decir, enviando el mensaje implícito de que la disposición además de no ser aplicable a las últimas entidades, no pueden ellas, por otros medios, justificar la imposición unilateral de multas. En relación con este asunto, el profesor Suárez, sin dubitación, señala:

«Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se refiere (sic) exclusivamente a las entidades sometidas al estatuto de contratación pública, quiere ello decir, que las demás entidades que no estén sometidas a la Ley 80 de 1993, sino a las normas del derecho privado, no están autorizadas, ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de cláusulas excepcionales, ni para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y por tanto deberán acudir al juez del contrato cuando requieran hacer uso de las mismas»²⁴.

Además de lo anterior, cita cuatro providencias como apoyo para señalar que las *entidades exceptuadas* no pueden imponer unilateralmente multas o declarar incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal, ya que, de conformidad con las normas que los rigen, deben acudir al juez del contrato. Pese a dicha claridad, el profesor Suárez señala que muchas entidades de ese tipo aún las imponen directamente, sin tener competencia y omitiendo normas imperativas de orden público. Finalmente, sin dejar dudas respecto a su posición, bastante radical, concluye:

«Tal comportamiento irregular, no solo debe acarrear la nulidad de tales actuaciones cuando se acuda para ello a las acciones (hoy llamadas medios de control en la Ley 1437 de 2011) contencioso administrativas, sino que además constituyen típicas vías de hecho controlables mediante la acción de tutela; pero adicionalmente los servidores públicos que siguen actuando sin dicha competencia están incurriendo en faltas disciplinarias y muy posiblemente hasta en el delito de prevaricato, por ir en contra del ordenamiento jurídico, entendiendo por este la Constitución, la ley, los principios del derecho público y del ejercicio de la función administrativa y la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y más evidente hoy con la vigencia del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011»²⁵.

²⁴ SUÁREZ TAMAYO, Op. Cit. p. 202.

²⁵ Ibid., p. 228.

La tesis del profesor Suárez se comparte, en tanto las entidades exceptuadas no pueden imponer unilateralmente multas y declarar incumplimientos para hacer efectiva la cláusula penal; sin embargo, se tienen dudas respecto a las consecuencias que se siguen de dicha actuación. En este sentido, teniendo en cuenta que el control de estos contratos se encomienda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tales actos serán declarados nulos, máxime cuando se tiene en cuenta la jurisprudencia sobre el tema²⁶.

El problema podría presentarse si el tema se analiza exclusivamente desde el derecho privado, ya que puede no ser tan claro que incluso los particulares, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad, estén imposibilitados para estipular en el contrato que una de las partes o ambas puedan imponer unilateralmente la cláusula penal a la otra; por ejemplo, podría concretarse el supuesto de la siguiente manera: Inmersos en una relación contractual, una de las partes denominada *A* incumple el contrato y *B* —la contraparte— tiene sumas por pagar; *B* podría abrogarse el derecho de acudir a la compensación reteniendo la suma establecida como pena y pagando el resto. Este tipo de análisis y contradicciones podría presentarse en caso de que el juez de los contratos celebrados por las *entidades exceptuadas* fuera, hipotéticamente, la jurisdicción ordinaria, ya que los límites se impondrían desde la posibilidad de considerar una cláusula como *abusiva o leonina*, sin un análisis tan riguroso desde el punto de vista del principio de legalidad y competencia, quizá apartada de la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷.

²⁶ «Art. 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

«Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

«2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado».

²⁷ Un ejemplo de este razonamiento es expuesto por GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación. En: *Revista Republicana*, No. 11, julio—diciembre de 2011, p. 47: «Quienes defiende esta posición, consideran que teniendo en cuenta que de la lectura de la Ley 80 de 1993 se puede establecer que lo que se busca en los contratos celebrados entre las entidades estatales y los particulares es que prime el principio de la autonomía de la voluntad, se pueden incluir en los contratos estatales todas las cláusulas requeridas para regular la relación contractual, siempre que las mismas no vayan en contra de las normas de orden público, en este sentido y de acuerdo con lo estipulado en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 1592 del Código Civil las entidades estatales podrán incluir en todos sus contratos, siempre que media la autonomía de la voluntad la cláusula penal y las multas y

Bibliografía

SUAREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA—, 2014.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2003.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2009.

GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación. En: Revista Republicana, No. 11, julio—diciembre de 2011

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1994. Exp. 9.288. C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 1998. Exp. 13.998. C.P. Ricardo Hoyos duque.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Exp. 36.252. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección tercera. Auto de unificación del 18 de abril de 2013. Exp. 17.859. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

hacerlas efectivas directamente sin que medie decisión del juez cuando a ello haya lugar.

«Sobre esta posición existen en la actualidad casos de entidades de régimen especial cuyos actos y contratos son regidos por el derecho privado que pactan dentro de sus contratos la cláusula penal y las multas con la prerrogativa para la entidad estatal de compensar las sumas que por este concepto se lleguen a generar de los valores que se le adeuden al contratista incumplido. En este sentido, dichas entidades dan aplicación a la compensación aduciendo el principio de la autonomía de la voluntad el cual se concreta en el artículo 1602 del Código Civil que establece que el contrato es ley para la partes. Para tales entes públicos la potestad o prerrogativa de compensar las sumas que se generen por concepto de la imposición de las multas o la cláusula penal nace de la voluntad de las partes y se rige por el derecho privado».