

DIRECTIVA 027 DE 2018

(Diciembre 28)

PARA: SECRETARIOS (AS) DE DESPACHO, DIRECTORES (AS) DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES PRESIDENTES (AS) Y DIRECTORES (AS) DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL DISTRITO, SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SOCIEDADES PÚBLICAS, EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS, EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, ALCALDES Y ALCALDESAS LOCALES Y RECTOR DEL ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO.

DE: SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL

ASUNTO: Potestad sancionatoria de la Administración – multa y cláusula penal pecuniaria

RADICADO NO.: 2-2018-18114

En virtud de lo dispuesto en el Decreto [323](#) de 2016, le corresponde a la Secretaría Jurídica Distrital, *“Apoyar, orientar y asesorar la gestión de las entidades y organismos distritales para definir políticas públicas en materia de contratación, unificando criterios en cuanto a la aplicación de las normas y generando mecanismos para la ejecución concertada de acciones en materia de contratación.”*^[1], en virtud de lo anterior, la presente Directiva establece lineamientos respecto de la estipulación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, a fin de que sean tenidos en cuenta por las entidades distritales, contribuyendo al adecuado desarrollo integral de la actividad contractual.

1. La potestad sancionatoria de la administración en el ámbito contractual.

La potestad sancionatoria de la administración es una herramienta coercitiva que tiene como fin el correcto y cabal desarrollo y cumplimiento del contenido obligacional de los contratos que suscribe, los cuales a su vez, persiguen el fin misional de la Entidad y el Estado en los términos del artículo [2](#) de la Constitución Política^[2].

Señalan en su orden la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la potestad sancionatoria y sus fines:

“... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.”^[3]

(...)

“El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata -para el caso colombiano- en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. Incluso, el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. De igual forma, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales.”^[4]

Ahora bien, el ejercicio de la potestad sancionatoria, debe estar rodeado de las garantías y principios propios del derecho administrativo, así como de reglas claras que determinen un debido proceso para el contratista. Frente a este particular, el Consejo de Estado ha indicado:

“De otra parte, la potestad sancionadora, al igual que ocurre con otras potestades reconocidas a la Administración, sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho. Es decir, no se trata de un poder aislado sino sometido en todo momento al principio de legalidad.”

(...)

“Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción.”^[5]

Con ocasión de lo anterior, se tiene que la potestad sancionatoria de la Administración se concibe en respuesta a la protección de los intereses públicos que la misma persigue y en virtud de las funciones y responsabilidades asignadas a la misma.

En ese sentido, es preciso señalar que la ejecución de los contratos estatales se debe realizar en el marco del ordenamiento jurídico (principio de legalidad), dentro del cual se encuentran las disposiciones relacionadas con la autonomía de la

voluntad de las partes, así como aquellas cláusulas que se imponen en virtud de las potestades excepcionales (artículo 14 de la Ley 80 de 1993).

En el evento en que esos límites se alteren o transgredan, es deber de la Administración Pública, restablecer el orden alterado, obtener la reparación del daño, o perjuicio, o utilizar mecanismos de coacción para conseguir los fines establecidos en el contrato estatal, a través de la aplicación de medidas establecidas contractualmente, cuya aplicación y procedimiento, deberán ser respetuosos del debido proceso, tal y como lo contempla la Ley. Estos mecanismos corresponden en la actualidad a la multa, con fines de apremio o conminatorios, la cláusula penal pecuniaria, por regla general, con fines indemnizatorios y cualquier sanción que se establezca en el contrato, de acuerdo a las normas civiles y mercantiles que gobiernan la actividad.

2. La multa.

La multa es la medida de aplicación habitual ante el incumplimiento del contratista durante la ejecución contractual y tiene como finalidad, el apremio o conminación al cumplimiento del contenido obligacional del acuerdo de voluntades.

Sobre la multa, señala el Consejo de Estado:

*“Es aquella sanción pecuniaria **de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.***

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”⁶¹ (negrilla fuera del texto)

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “multa” como:

“Del lat. multa. f. Sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero.

multa coercitiva

1. f. Der. Multa que se reitera por lazos determinados **para compeler al infractor al cumplimiento de la obligación que desatiende.**⁷¹ (Subrayas fuera de texto)

Así pues, la multa es aquella disposición correctiva por la cual la administración a través de la imposición de una sanción de carácter pecuniaria insta a su contratista al cumplimiento de lo pactado. Como señala, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010, la misma tiene por objeto: *“apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.”* La doctrina en igual sentir ha señalado que la multa cumple en favor de la administración, una *“función compulsiva o de apremio orientada a la oportuna y cabal ejecución del objeto contratado.”*^[8]

La multa solo podrá ser impuesta antes de la terminación del plazo contractual o la firmeza del acto que le pone fin, ya sea por mutuo acuerdo, terminación unilateral o caducidad, pues por su finalidad, sería inocua una vez se agota el término para cumplir con la obligación.

De igual manera y en sendos pronunciamientos, el alto tribunal administrativo ha manifestado:

“... sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, 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.

Quiere decir lo anterior que, una vez vencido el plazo de ejecución, cesa la aludida facultad, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (ratione temporis).

Por consiguiente, para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues, se precisa, ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato, lo que implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal”^[9] (subrayado y negrilla fuera del texto original).

La misma corporación en jurisprudencia reciente ha reiterado lo antes expresado al sostener que:

“Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido

imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”^[10]

Si bien es cierto que el pacto de la multa deviene de la autonomía de la voluntad y debe consignarse expresamente en el Contrato, también lo es que la administración tiene la capacidad de tazarlas e imponerlas de manera unilateral por medio de acto administrativo, tal como lo señala el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, con el procedimiento que por su parte ha sido establecido en el artículo 86 de la Ley 1474, así:

*“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, e **imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato**, y hacer efectiva la cláusula penal^[11]. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:”* (negrilla y subrayado fuera del texto original).

El artículo 17 de la Ley 1150 y el artículo 86 de la Ley 1474, en primer lugar, cerraron la cuestión sobre si la Administración tenía en su cabeza la facultad para imponer y hacer efectivas las multas de manera unilateral, y por otro lado, el procedimiento que para ese propósito debía aplicarse, garantizando con ello, el debido proceso para la cuestión particular.

Con relación a la cuestión derivada del inciso final del citado artículo 86 de la Ley 1474 que reza que *“la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”*, debe precisarse que si bien es cierto que la finalidad de la multa es la de apremiar al contratista, también lo es, que el trámite y desarrollo del procedimiento garantizando el debido proceso, no puede convertirse en un plazo adicional para la ejecución sin consecuencia alguna para el contratista, razón por la cual, en el evento de presentarse el supuesto anterior, la Entidad deberá realizar un análisis que permita concluir la conveniencia o no de hacer uso de la facultad conferida para archivar o no el procedimiento.

Sobre lo anterior ha señalado el Consejo de Estado lo siguiente:

“... no es admisible la siguiente tesis general que propone el contratista: la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución, y mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento; si supera esa situación desaparece el poder exorbitante. Semejante idea es inadmisibles, porque la tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para manipular y jugar con la potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él “se ponga al día”, con el propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida.

Semejante autorización para la mofa no existe en la ley, ni sería tolerable, porque aceptarlo judicialmente autorizaría al contratista a jugar con el interés general y el bien común, consintiendo que manipule su incumplimiento hasta los límites, ya que puede ponerse al día en sus obligaciones cuando le parezca necesario para inhibir el poder sancionatorio iniciado, y que ya merece padecer.

Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada- tratándose de sanciones de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 –que además no rige para el caso concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” –negrillas fuera de texto-, lo que significa que la administración puede imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una potestad para la administración y no de un derecho de aquél”¹²¹.

Se reitera entonces que dependerá del criterio de la entidad la decisión de hacer uso o no de la facultad que el artículo [86](#) de la Ley 1474 le confiere.

Con base en lo expuesto en precedencia, puede tenerse lo siguiente:

- La multa no corresponde a una de las cláusulas excepcionales al derecho común reguladas en el artículo [14](#) de la Ley 80 de 1993 y por tanto, debe encontrarse expresamente pactada en los negocios jurídicos de la administración en lo que se considere pertinente.

- Al momento del diseño o redacción de la cláusula de multa, se deberá tener en cuenta la metodología de tasación, que corresponderá a un mecanismo que contemple de manera efectiva el atraso en el cumplimiento de la obligación, lo que puede significar eventualmente un valor diario y/o un valor para cada tipo de incumplimiento que puede presentarse en el contrato. La multa deberá también contemplar un tope máximo para su imposición.

La Entidad, discrecionalmente podrá, si así lo considera pertinente, expedir dos actos administrativos, uno mediante el cual impone la sanción, y un segundo acto que tenga como finalidad la liquidación de la sanción impuesta, en el evento que a la fecha de imposición de la sanción, los hechos de incumplimiento que dieron origen al proceso, persistan.

- La imposición y efectividad de la multa debe estar precedida por el agotamiento del debido proceso, que se materializa para el caso particular en lo dispuesto por el artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007 y el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011; en caso de encontrarse vacíos en las normas precedentes, deberá acudirse a la regulación del procedimiento administrativo de la Ley [1437](#) de 2011.

- Teniendo en cuenta la naturaleza de apremio de la multa, lo dispuesto en el inciso final del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y jurisprudencia de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, cuando se evidencie cumplimiento de la obligación y el acto administrativo que impone la sanción no se encuentre en firme, las entidades **podrán** dar por terminado el procedimiento de imposición de multa y archivar la actuación.

- En igual sentido, por su carácter de apremio, la multa carecería de objeto al ser impuesta una vez cese el término de ejecución contractual, ya sea por agotamiento del plazo, terminación de mutuo acuerdo o unilateral, o por declaratoria de caducidad, por lo tanto lo que procede es su aplicación durante la ejecución del contrato; y si dicha ejecución termina durante el procedimiento de imposición, se deberá archivar la actuación, caso en el cual, si los perjuicios lo justifican, la Entidad deberá evaluar la procedencia de abrir un nuevo procedimiento con miras a buscar la indemnización de los perjuicios por medio de la imposición de la cláusula penal pecuniaria.

- Al procedimiento que impone y hace efectiva la multa, debe citarse al garante del contrato, con el fin de garantizar también el debido proceso a quien puede resultar afectado con la decisión de la administración.

- En los convenios y contratos interadministrativos es posible el pacto de multas con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, indicando también el procedimiento para su efectividad.

- En los contratos de las Entidades Públicas que no se encuentren sometidas al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, será posible acordar las multas y el procedimiento para hacerlas efectivas con sustento en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual deberá pactarse expresamente en el Contrato^[13].

2. La cláusula penal pecuniaria.

Analizado lo pertinente a la multa y su naturaleza conminatoria o de apremio, procede ahora lo pertinente a la otra sanción usualmente pactada en los contratos de la administración pública, la cláusula penal pecuniaria, como medida que, en principio, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa y la jurisprudencia relativa a contratación pública bajo el Estatuto General de Contratación de la Administración, tiene el fin de resarcir los perjuicios que se hayan consolidado por un presunto incumplimiento del contratista.

Ahora bien, aunque la cláusula penal pecuniaria, al igual que la multa deviene del pacto expreso de las partes por medio de la autonomía de la voluntad, del que se hace uso por referencia expresa a las normas civiles y mercantiles al no tener tratamiento especial en el Estatuto General de Contratación (artículo 13 de la Ley 80 de 1993), el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el 86 de la Ley 1474 de 2011,

habilitan a la Administración para declarar el incumplimiento y hacerla efectiva mediante acto administrativo que presta mérito ejecutivo.

Sobre este particular ha indicado el Consejo de Estado:

“En la actualidad la facultad de pactar cláusula penal, así como de hacerla efectiva directamente se encuentra establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (...)

*Como se puede observar la legislación vigente mantiene la misma filosofía establecida en el Decreto 222 de 1983, diferenciándose en que ahora **no es obligatorio pactar la cláusula penal, sino que este es un aspecto que dependerá en todo momento del acuerdo de voluntades.**¹⁴¹ (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

(...)

“Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las partes podían pactar cláusulas referentes a multas y cláusula penal pecuniaria, no obstante, las entidades estatales no contaban con la facultad de hacerlas efectivas directamente, toda vez que la ley no lo consagró expresamente. Siendo ello necesario, en cuanto la justicia es función no confiada a las entidades públicas, tampoco a los particulares, sino a cargo de los jueces sometidos al imperio de la ley.”¹⁵¹

Ahora bien, como se señaló en precedencia, de la autonomía de la voluntad materializada en expresamente en el acuerdo de voluntades, dependerá si se le da a la cláusula penal pecuniaria un carácter diferente al de tasación de los perjuicios eventualmente causados.

*“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.”¹⁶¹ (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Secretaría Jurídica Distrital se permite dar unos lineamientos con miras a la aplicación y efectividad de la Cláusula Penal Pecuniaria en las relaciones jurídico contractuales que celebre la Administración Distrital:

1. La cláusula penal pecuniaria no es obligatoria y por tal motivo, se debe pactar en los negocios jurídicos en los cuales se considere pertinente. Para tal efecto, se podrán contemplar las diferentes acepciones que la Ley ha dado a la figura, teniendo en cuenta que en principio, a efectos de la contratación de la administración pública, la cláusula penal tiene el carácter de tasación de perjuicios.

2. De acuerdo con lo señalado en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, en la citación a rendir descargos en el proceso que tiene como fin declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, deben tasarse los perjuicios causados, perjuicios que deben estar consolidados, esto es, que sean ciertos y determinados, pues sobre esos mismos hechos, la Entidad no podrá volver a requerir al contratista.

3. La redacción de la cláusula penal en cada contrato deberá precisar si es posible su efectividad ante incumplimientos parciales del contrato durante la ejecución, cuando sobre los mismos, se encuentren perjuicios consolidados. En caso de no aclarar lo anterior, la cláusula penal solamente podrá hacerse efectiva ante el incumplimiento total, una vez finalizado el plazo o en eventos de terminación anticipada del mismo.

4. La imposición de la cláusula penal pecuniaria y la determinación de su efectividad mediante el pago por efecto de un acto administrativo motivado, corresponden a una facultad unilateral de la administración^[17], en razón a la atribución otorgada en los artículos [17](#) de la Ley 1150 de 2007 y [86](#) de la Ley 1474 de 2011, respetando y siguiendo el procedimiento por estas desarrollado.

“Ahora bien, la Sala destaca que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, las cuales han quedado ampliamente expuestas en los párrafos anteriores, el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento este con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales, llenándose de esta manera el vacío existente en el ordenamiento jurídico colombiano de un procedimiento especial de esta naturaleza.

No quiere significar lo anterior, sin embargo, que este procedimiento reúna totalmente las características de un trámite completo e integral para los asuntos allí referidos. La Sala reconoce que el contenido normativo del artículo 86 en mención constituye un desarrollo especial, aunque parcial, que dista mucho de ser integral, razón por la cual, las falencias que se adviertan en su aplicación deberán ser llenadas en los términos del inciso segundo del artículo primero del Código Contencioso Administrativo, esto es con las normas generales del procedimiento administrativo establecidas en el Código Contencioso Administrativo (D. 01/84), y a partir del 2 de julio del presente año, con las disposiciones de la parte primera del nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 (art. 2º inc. 3º), en lo pertinente.”^[18]

5. Cuando se encuentren vacíos en el procedimiento delineado por los artículos [17](#) de la Ley 1150 y [86](#) de la Ley 1474, se aplicará lo dispuesto para el procedimiento administrativo general en la Ley 1437 de 2011.

“Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) **la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.**”¹⁹¹ (subrayado y negrilla fuera de texto original).

6. Para el caso de las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, es decir, aquellas facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas en las normas civiles y mercantiles, en la norma que crea el régimen especial o en su manual de contratación; es importante precisar la postura del Consejo de Estado frente a la posibilidad de pactar y ejecutar las cláusulas penales:

“(…) en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, ***aunque en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiera estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual***”²⁰¹ (Negrilla fuera de texto).

“(…) en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – (...) – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas a los contratistas, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”²¹¹.

En suma, estas entidades podrán pactar las multas y cláusulas penales en sus contratos, sin embargo, para imponerlas o hacerlas efectivas, deberán precisar de manera clara y expresa el procedimiento adoptado, so pena de tener que acudir al juez del contrato.

7. El momento de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, dependerá de la clase de cláusula que se haya pactado en el contrato, es decir, se podrá aplicar durante la ejecución del Contrato y después de la terminación de su plazo, pero antes de la liquidación del mismo.

La Entidad, podrá dejar las salvedades que considere pertinentes en el acta de liquidación, frente a situaciones que puedan constituir incumplimientos del contrato.

En el evento en que la cláusula penal sea de tipo compensatorio o indemnizatorio, es decir, prevista como una estimación de perjuicios por el incumplimiento total o parcial de alguna o algunas obligaciones, podrá aplicarse, en caso de haberse pactado así, durante la ejecución, siempre que en dicho momento puedan establecerse y tasarse perjuicios consolidados.

Ahora bien, la aplicación de la cláusula penal deberá seguir el principio de proporcionalidad, que en cualquier caso, el valor de la sanción no podrá estar por debajo del valor de los perjuicios real y efectivamente ocasionados, y en todo caso, si el monto de los perjuicios supera el máximo establecido en la cláusula penal, la Entidad deberá acudir al juez del contrato.

Sobre el principio de proporcionalidad, precisa el Consejo de Estado:

“Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.”^[22]

8. Estipulación e Imposición de sanciones en el marco de los convenios interadministrativos. Este tipo de acuerdo de voluntades entre personas de derecho público, se suscriben con ocasión de los principios de colaboración, coordinación, cooperación y apoyo, para el logro de objetivos comunes de interés público, y que, en términos generales, los mismos no tienen un contenido patrimonial.^[23]

Teniendo en cuenta su concepto, el Consejo de Estado ha sostenido:

“En materia de convenios administrativos puros en principio no es admisible la imposición de sanciones de una entidad a otra, pues su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se

reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. En síntesis, las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia.^[124]

No obstante, esta regla general tiene las excepciones que se establezcan en la Ley, las cuales deben ser plenamente identificadas al momento de imponer y hacer efectiva una cláusula penal, a hora bien, en tratándose de contratos interadministrativos en los cuales una de las partes actúa como contratante y, la otra, como contratista. Este tipo de cláusulas se pueden pactar bajo el entendido que en el evento de hacerlas efectivas se deberá acudir al juez del contrato.

Lo anterior, con el fin que las entidades y organismos distritales, tengan en cuenta este principio al momento de analizar los hechos, fundamentos jurídicos y sustento probatorio del proceso sancionatorio.

Cordialmente,

DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO

Secretaría Jurídica Distrital

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

[1] Artículo 3, numeral 11.

[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Namen Vargas. Expediente: 2159.

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-827 de 2011, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 17009.

[5] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp No. 20738.

[6] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera Subsección C. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Exp 53206.

[7] Ver: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Q3h5qfS>

[8] Dávila, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá. Editorial Legis. 2016. Pág. 617

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936.

[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera Subsección C. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Exp 53206.

[11] La facultad está dada por la ley con unos propósitos específicos: imponer multas o sanciones o hacer efectiva la cláusula penal. En las demás oportunidades que la administración desee o requiera alguna declaración de incumplimiento contractual, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 le otorga esa función al juez.

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2013, Expediente No.24697.

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Casación. Sentencia del 16 de mayo de 2011. M.P. Dr. William Namen Vargas. Expediente 2000-00005.

[14] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp No. 20738.

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2017. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. Rad. 39113.

^[16] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de mayo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1748.

^[17] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, Exp. No. 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. No. 14.289

^[18] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 21 de marzo de 2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp No. 39477

^[19] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 20738.

^[20] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Rad. No. 24639.

^[21] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. 29165.

^[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2018. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 17009.

^[23] Ley 489 de 1998, artículo 6. Ley 1150 de 2011, artículo 2, numeral 4 literal c) modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 92.

^[24] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 1 de noviembre de 2016. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Rad. No. 00125.

Proyectó: Secretaría Técnica – Comité Distrital de Apoyo a la Contratación

Revisó: Comité Distrital de Apoyo a la Contratación en sesión de 5 de diciembre de 2018

Aprobó: Comité Distrital de Apoyo a la Contratación en sesión de 5 de diciembre de 2018