

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 053

Medio de control	Controversia Contractual
Radicado	41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante	Servicios Integrales y Construcciones E.U.
Demandado	Ecopetrol S.A
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

RECURSO DE APELACIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por Ecopetrol S.A, contra la sentencia de fecha de 23 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva, dentro del proceso iniciado Servicios Integrales y Contrucciones E.U, en ejercicio de la acción de controversias contractuales mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 002 del 21 de noviembre de 2006; No. 003 del 12 de diciembre de 2006; y de la resolución No. 004 del 19 de abril de 2007, pero solo en lo que corresponde a la multa que debió asumir el demandante, conforme a las razones expuestas en éste proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la empresa ECOPETROL S.A. pagar a favor de la empresa Servicios Integrales y Construcciones E.U., a la devolución del 50% del valor de la sanción impuesta , es decir, al pago de la suma de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

SESENTA Y NUEVO PESOS (\$4.435.569) m/CTE, debidamente indexados conforme a la formula que se detallará a continuación.

$$R = RH \times \frac{INDICE FINAL}{INDICE INICIAL}$$

Debe tenerse en cuenta que si bien es cierto dentro de las diligencias se encuentra ausente de prueba el pago concerniente a la imposición de la multa, ese dato es conocido por parte de la empresa ECOPETROL S.A teniendo en cuenta que como lo señaló el contrato No. 4009661 del 21 de junio de 2006, el pago sumas de dinero por dicho concepto sería descontado de los saldo insolutos a favor del contratista, razón por la cual es determinable por la demandada.

TERCERO.- *NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.*

CUARTO.- *Dar cumplimiento a esta providencia de conformidad con lo preceptuado en los Artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

QUINTO.- *En firme la presente providencia, archívese el expediente , una vez hechas las anotaciones correspondientes.*

SEXTO.- *No condenar en costas a la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

SÉPTIMO.- *Devuélvase al demandante el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso, de existir.*

II.- ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado judicial Servicios Integrales y Construcciones, solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 002 del 21 de noviembre de 2006, 003 del 12 de diciembre de 2006 y 004 del 19 de abril de 2007, por medio de las cuales se impuso una multa y fueron resueltos los recursos ordinarios interpuestos en contra de dichos actos administrativos y aquel que resolvió una petición de revocatoria directa. Los actos demandados fueron expedidos en virtud del contrato estatal No. 4009661.

- HECHOS

Entre Ecopetrol S.A y la UNION TEMPORAL SASIC integrada por las empresas Servicios Integrales y Construcciones E.U y SERVICIOS ASOCIADOS, se celebró

el contrato No. 4009661 cuyo objeto era “obras de mantenimiento de líneas estaciones de recolección y facilidades de producción para la superintendencia de operaciones huila Tolima de Ecopetrol S.A durante la vigencia del 2006”. El valor del contrato fue pactado en 908.713.812 con un plazo de ejecución de 165 días calendario, teniendo su iniciación el 14 de julio de 2006.

Durante la ejecución contractual le fue impuesta al contratista una multa por valor de \$ 9.087.138 a través de la Resolución No. 002 del 21 de noviembre de 2006 la cual fue objeto de recurso de reposición, siendo confirmada en todos sus partes por intermedio de la resolución No. 003 del 12 de diciembre de 2006. En igual sentido fue denegada una solicitud de revocatoria directa mediante la Resolución 004 del 19 de abril de 2007.

El acto demandado.

Resolución No. 002 del 21 de noviembre de 2006, mediante la cual se impone una multa al contratista unión temporal SASIC.

El acto administrativo demandado tuvo como fundamento para la imposición de la multa, primeramente, la cláusula contractual No. 14 mediante la cual se facultó al contratante a la imposición de multas en caso de incumplimiento contractual; en segundo lugar dicho incumplimiento fue caracterizado por la entidad contratante bajo el entendido que el objeto contractual no estaba siendo desarrollado acorde con las especificaciones técnicas descritas en el numeral 3.4 , pág. 3, es decir que el transporte de personal no estaba siendo prestado en vehículos modelo 2003 o posterior.

- SENTENCIA RECURRIDA¹

El juez de instancia declaró la nulidad de los actos demandados y en consecuencia, a modo de restablecimiento ordenó la devolución del 50% del valor de la multa.

¹ Visible en el folio 325 del Cuaderno Principal No. 2.

Como fundamento de su decisión el A-quo resaltó el cambio jurisprudencial relativo a la facultad para la imposición y ejecución unilateral de las multas en los contratos estatales, concluyendo que, si bien la autonomía de las partes permite su consignación dentro de los contratos, lo concerniente a su ejecución unilateral (previa la vigencia de la Ley 1150 de 2007) escapa a las facultades de la entidad estatal correspondiente, siendo la misma una competencia de uso exclusivo del juez de lo contencioso administrativo, motivo por el cual la expedición de los actos demandados adolecían de la competencia , resultando procedente su nulidad.

- RECURSO DE APELACIÓN

ECOPETROL S.A²

El apoderado de la parte demandada insiste sobre la legalidad de los actos por medio de los cuales se impuso una multa al contratista dentro del ejercicio del contrato No. 4009661 del 21 de junio de 2006, para ello fundamenta la capacidad del ente contratante en la voluntad de las partes plasmada en el clausulado contractual, asimilando las multas con las cláusulas penales.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva profirió sentencia el día veintitrés (23) de junio de 2017, accediendo a las pretensiones de la demanda y declarando la nulidad de las resoluciones demandadas en lo concerniente a la cuota parte que le correspondía al demandante por concepto de la multa en ellas impuesta.

El apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, dentro de la oportunidad establecida para ello.

² Visible en el folio 336 del Cuaderno Principal No. 2.

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

Tuvo a lugar Audiencia de Conciliación de fecha quince (15) de noviembre de 2017, donde no existió animo conciliatorio entre las partes y se declaró fallida.

Mediante auto de fecha 26 de febrero de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva, se ordenó notificar personalmente al representante del Ministerio Público y a las otras partes por estado.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila remitió el proceso al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cumplimiento de la medida de descongestión dispuesta en el Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021.

Mediante auto de fecha treinta y uno (31) de agosto de 2021, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, avocó conocimiento del proceso.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandada— ECOPETROL S.A

La parte recurrente reiteró los argumentos expresados con el escrito de apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en esta etapa procesal guardó silencio.

.

III.- CONSIDERACIONES

Previa la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos procesales de la acción:

- Competencia

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021 prorrogado mediante Acuerdo No. PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

- CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos³, la acción de controversias contractuales caduca al cabo de mínimo dos (2) años, escenario mas pronto que no es del caso en el caso en concreto si se tiene en cuenta que a folio 169 del cuaderno principal reposa el acta de terminación del contrato No. 4009661 de fecha 31 de diciembre de 2006 y la demanda tuvo su presentación el 27 de julio de 2007, es decir de forma oportuna para así evitar el fenómeno de la caducidad.

³ Ley 446 de 1998.

- PROBLEMA JURÍDICO

corresponde a la Sala determinar si los motivos de inconformidad expresados por la parte apelante tienen vocación o no de prosperar, esto es, si como lo afirma el apoderado de ECOPETROL S.A., dicha entidad se encontraba facultada para la imposición y ejecución de multas dentro del contrato No. 4009661 por virtud de lo dispuesto por la autonomía de las partes plasmada en la clausula No.14 del mencionado contrato.

- TESIS

La Sala de Decisión de esta Corporación confirmará la sentencia proferida en primera instancia, en tanto la para la fecha de imposición de los actos administrativos contentivos de la multa, la entidad contratante carecía de facultad legal para ello, siendo necesaria su imposición por parte del juez natural del contrato.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

El interés público que se pretende satisfacer a través de la actividad contractual, está sujeto a que el contratista colaborador (artículos 3 y 5, num. 2, ley 80 de 1993) cumpla con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato, es decir, se supedita a que ejecute cabalmente su objeto.

Por esto el orden jurídico atribuye a la Administración potestades de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato estatal. En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al

incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.

La ley dota entonces a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista, castigarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones o incluso separarlo de la ejecución del contrato mediante la ruptura del vínculo (caducidad) en caso de ser necesario para la prestación regular, continua y eficiente del objeto contractual y en procura de la satisfacción sin interrupciones y demoras del interés público perseguido con su celebración. Así pues, en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas, el contratista se encuentra sujeto al poder sancionatorio o coercitivo de la Administración, cuyo ejercicio en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, etc.).

En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.

Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o

reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo¹, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento.

Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado .

Ahora bien, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanción contractual por parte de la Administración, es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción, como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, razón por la cual constituye una exorbitancia que debe encontrarse autorizada en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta materia.

Sin embargo, la anterior decantación jurisprudencial no ha sido un asunto pacífico en nuestro ordenamiento lo concerniente a i) el establecimiento de las multas, bien sea por mandato legal o por pacto de las partes y, ii) la competencia para imponerlas unilateralmente por parte de la Administración en ejercicio de un poder exorbitante otorgado en este sentido

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

La imposición de las multas según la jurisprudencia de la Sala en vigencia de la Ley 80 de 1993.

Entre las providencias dictadas por el Honorable Consejo de Estado en las cuales se admitió que en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Administración contaba con competencia para imponer multas, se destacan las siguientes:

En auto de 6 de agosto de 1998, Expediente 14558, el Honorable Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 "en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales".

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 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 pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.”

Posteriormente en sentencia de 29 de junio de 2000, Expediente 16756, sobre la imposición de las multas por parte de las entidades públicas en vigencia de la Ley 80 de 1993, reiteró la tesis expuesta en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, como a continuación se expone:

El texto literal del artículo 14 de la ley 80 de 1993, dio lugar a que se entendiera que la entidad pública sólo podía hacer uso de sus poderes exorbitantes para declarar la caducidad del contrato estatal, así como para interpretarlo, modificarlo o darlo por terminado unilateralmente en tanto que otro tipo de medidas que antes podía tomar al amparo del régimen contractual anterior, como eran las multas y la declaratoria de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (arts. 72 y 73 decreto ley 222 de 1983) quedaban proscritas en el nuevo régimen de contratación estatal.

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

Esta Sección en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, examinó el alcance del art. 14 de la ley 80 de 1993 en tanto no hacía mención alguna a otras facultades exorbitantes de la administración distintas a las que se acaban de señalar y en lo referente a las multas señaló:

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

Nuevamente en el año 2002, estando en vigencia de la Ley 80 de 1993, se refirió a la facultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato. A continuación, se transcriben los apartes pertinentes:

“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que “la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, 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” (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en la providencia citada también se destacó que debía tenerse en cuenta que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio) y que el mutuo acuerdo de las partes tenía validez en los contratos estatales como fuente de sanciones.

Ello se traduce en que en la contratación estatal mantienen vigencia los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que

previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato.

Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente “las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria cuando se las hubiere convenido y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor las sanciones pecuniarias que se hubieren convenido”.

Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil).

Ya la sala en la providencia del 4 de junio de 1998 que se viene comentando, a propósito de los pactos establecidos en los contratos estatales, señaló que éstos “vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables”.

Dicho en otras palabras, con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se exceptiona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa)⁴.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de junio de 2002, Exp. 19488.

Cambio jurisprudencial

En el año 2005, en sentencia 20 de octubre, Expediente 14579, el Consejo de Estado modificó su criterio y determinó que según los mandatos de la Ley 80 de 1993, la Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía de acudir al juez del contrato, lineamiento que permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007. Las reflexiones hechas por el Honorable Consejo de Estado, en dicha oportunidad se transcriben a continuación:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

(...)

Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto" y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento" y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva.

Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁴⁰, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general:

(...)

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo

del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, **pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.***

- CASO CONCRETO

Al descender al sub examine, encuentra la Sala que el A-quo encontró demostrada la ausencia de facultad legal para la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 02 del 21 de noviembre de 2006 (y de forma lógica aquellos actos que resolvieron los recursos ordinarios interpuestos) en aplicación de la jurisprudencia mayoritaria del Honorable Consejo de Estado, entendiendo que si bien dichas clausulas podían ser pactadas de común acuerdo (en ejercicio de la autonomía privada de las partes) *en todo caso se encuentra ausente del poder del estado la competencia para su declaratoria y eventual ejecución, por lo que le corresponde acudir ante el juez natural del contrato.*

La anterior fundamentación habrá de repetirse en esta instancia, pues como bien lo afirmó el A-quo, independientemente del grado de satisfacción del objeto contractual o del carácter expreso y concertado de la literalidad del clausulado en cuanto a la procedencia e imposición de las multas en el seno del contrato No. 4009661, la ejecutoriedad de actos administrativos contractuales comporta el ejercicio de una

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

potestad de autotutela de la administración que para la fecha no hallaba soporte legal para su aplicación.

Si bien el trasegar de la jurisprudencia del Honorable Consejo de estado sobre el punto de la facultad unilateral para la imposición y ejecución de las multas en los contratos estatales previa a la Ley 1150 de 2007, en principio prohijó el principio de la autonomía de la voluntad, cierto es que dicha tesis fue revisada y reversada en multiplicidad de ocasiones posteriores, de tal manera que la tesis final y mayoritariamente aceptada para contratos como el del caso de marras, es decir firmados y cuyos actos administrativos sancionadores tuvieron su nacimiento con anterioridad a la expedición de la precitada ley (evadiendo el carácter retrospectivo de la Ley 1150 de 2007), corresponde al entendido que la autotutela de actos sancionadores comporta una facultad del poder público, ajeno a las disposiciones de las partes y que por ende , en su naturaleza pública solo halla su facultad en la Ley, la cual se reitera, para la fecha NO existía , tornándose en ilegales los actos sancionadores pues sencillamente su ejecución era una facultad exclusiva del juez natural del contrato y NO de forma directa la entidad contratante, motivo por el cual el fallo recurrido habrá de confirmarse.

- COSTAS

No hay lugar a condenas en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

IV. RESUELVE

PRIMERO. – CONFÍRMESE el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Neiva el 23 de noviembre de 2017

SEGUNDA: No hay lugar a condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 44-001-33-31-005-2007-00252-02)

Firmado Por:

**Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

Expediente: 41-001-33-31-005-2007-00252-02
Demandante: Servicios Integrales y Construcciones E.U
Demandado: Ecopetrol S.A
Acción: Controversias Contractuales.

SIGCMA

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
703d35bec62a957bca59f21a6c3b7fe6fc5c7c594e3b9d11a0bf0847fbd4870d
Documento generado en 22/03/2022 10:14:25 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>