

LEGALIDAD EN LA IMPOSICION DE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES CON REGÍMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 80 DE 1993

Margarita Rosa Ruiz Ocampo¹

RESUMEN

El propósito del artículo sobre la legalidad de las multas es analizar la imposición en los contratos de las entidades con regímenes exceptuados de la ley 80 de 1993, para ello se examinan las Leyes 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina , La guía para “ las entidades estatales con régimen especial de contratación” de Colombia Compra Eficiente y los conceptos jurídicos existentes con el fin de identificar los regímenes exceptuados, el incumplimiento contractual y las multas contractuales en los regímenes exceptuados de la contratación estatal. Para finalizar, Se concluye que las multas pactadas en el régimen exceptuado gozan de legalidad.

PALABRAS CLAVES: Autonomía de la Voluntad, Contratación Estatal, Incumplimiento contractual, Multas, Regímenes Exceptuados.

SUMARIO: Introducción. I. LEY 80 DE 1993 Y LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS SEGÚN LA LEGISLACIÓN. II. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS. III. MULTAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA, ESTUDIO DE LA SENTENCIA 2011-00554 DE 19 DE JULIO DE 2017. Conclusión. Referencias bibliográficas.

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Abogada Contratista de la UNGRD. mr_134@hotmail.com. El artículo se presenta para optar por el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

INTRODUCCION

Históricamente en Colombia hasta 1964 con la expedición del Decreto ley 528 se consideraba que cuando el Estado contrataba se encontraba en un plano de igualdad con los particulares, sin embargo, los contratos ya incluían las llamadas cláusulas excepcionales y/o potestades utilizadas por las entidades estatales como medios para el cumplimiento contractual como son: la caducidad de los contratos, la interpretación, modificación y terminación unilateral. Y el juez que conocía de las controversias derivadas de los contratos era la Jurisdicción Ordinaria. También trajo consigo que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocería de los conflictos originados en contratos administrativos.

Seguidamente con la emisión de los Decretos Ley 150 de 1976 y 222 de 1983 se comenzó a hablar legalmente del contrato administrativo y se dictó que no todos los contratos celebrados por el Estado eran contratos administrativos, porque a su vez el Estado podía celebrar contratos de derecho privados con las cláusulas exorbitantes y contratos privados sin cláusulas exorbitantes.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 se crea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual en su **ARTÍCULO 32** establece que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.” (...)

De acuerdo con lo anteriormente citado y refiriéndose al contexto jurídico colombiano en lo referente a la contratación pública claramente se evidencia una mezcla de regímenes en la contratación pública donde se cuestiona si en un contrato celebrado bajo el régimen privado

donde prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el Estado puede aplicar los medios que tiene en los contratos estatales para exigir el cumplimiento del objeto contractual.

En ese contexto, este artículo investiga la legalidad de la imposición de las multas en los contratos celebrados por las entidades con regímenes exceptuado de la ley 80 de 1993. Este es el régimen contractual excepcional pero que se le aplican los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Con el fin de evidenciar lo anteriormente expuesto, en termino metodológicos el artículo se basa en la investigación de Leyes, la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina y los conceptos jurídicos existentes y con base en ellas se crea el artículo.

El presente artículo busca desarrollar, con base en las premisas anteriores, los siguientes temas en cuatro partes:

En la primera parte se estudia la Ley 80 de 1993, en qué consisten los diferentes regímenes exceptuados según dicha legislación.

En la segunda parte se revisa el incumplimiento contractual en los contratos estatales y en los contratos estatales celebrados bajo los regímenes exceptuados.

En la tercera parte se examina específicamente las multas contractuales impuestas en los regímenes exceptuados de la contratación estatal.

En la cuarta parte se estudia la sentencia del Consejo de Estado en Sala de Lo Contencioso Administrativo (19 de julio de 2017) Sentencia 2011-00554. [MP. Jaime Orlando

Santofimio Gamboa] con el fin de analizar la regulación del incumplimiento con inclusión de cláusulas accidentales en contratos estatales que se rigen por normas de derecho privado.

El artículo concluye con la reflexión de la legalidad de las multas contractuales impuestas en los contratos celebrados bajo los regímenes exceptuados de la contratación estatal, conforme el principio de la autonomía de la voluntad de las partes quienes en ejercicio de su autonomía negocial pactan las condiciones del contrato.

I. LEY 80 DE 1993 Y LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS

La ley 80 de 1993 es por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, cuyo objeto de acuerdo al “Artículo 1°. DEL OBJETO: es disponer las reglas y principios que rigen los contratos celebrados por las entidades estatales”, la misma comprende todo lo referente al proceso contractual y su cometido fundamental es proteger los intereses de la nación respecto de los intereses particulares.

Como se expresa a continuación los principales aportes de la ley 80 al sistema de la contratación son:

En primera medida, se busca establecer las reglas y principios que rigen los contratos estatales y por esta vía define quienes son capaces de contratar en nombre del Estado y qué requisitos o características debe reunir quien pretenda ofrecer servicios o bienes al Estado.

Su desarrollo normativo busca proteger los intereses del Estado y de ahí que se atribuye a sí mismo, el poder de establecer las condiciones que los oferentes deberán cumplir para contratar y también procura regular la participación de la sociedad en los procesos contractuales a través de las distintas veedurías ciudadanas, sin detrimento de las acciones de inspección y vigilancia que ejercen las entidades de control como la Contraloría y la Procuraduría.

Entre sus principales aportes, es oportuno reseñar los que a continuación se relacionan:

- Es el resultado de un estudio elaborado por un equipo de trabajo, en donde participaron gremios vinculados, de alguna manera, a la actividad contractual del Estado.
- Consigna unas normas y principios generales para todas las entidades estatales de todos los niveles, por lo que se considera universal, facilitando que la gestión de la administración pública sea ágil y eficiente.
- Autonomía de la voluntad establecida entre las partes, bajo un contrato estatal legalmente celebrado lo cual constituye una ley que se debe acatar y cumplir. Dentro del contrato se pueden incluir todas las condiciones convenientes, si no son contrarias a la Constitución Política, las leyes y al mismo Estado colombiano.
- Se suprimen requisitos, trámites y autorizaciones de diferentes instancias jurídicas e institucionales que causaban trabas a la gestión, dificultando la ejecución oportuna del objeto del contrato.

- La inclusión de cláusulas extraordinarias o excepcionales, ya que una de las partes actúa con el objeto de satisfacer el bien público (el contratista) (Torres, J. (1998, p. 122)

Ahora bien, Respecto de los contratos, la ley 80 en el **ARTÍCULO 32** define el contrato estatal y los enuncia así: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: contrato de obra, contrato de consultoría , contrato de prestación de servicios , contrato de concesión , encargo fiduciarios y fiducia pública.

Es importante en este punto resaltar lo expresado por el Consejo de Estado cuando afirma:

También importa destacar que la clasificación de estatal, respecto de un determinado contrato, no determina, per se, el régimen legal que deba aplicársele al mismo, puesto que resulta perfectamente posible, incluso en relación con contratos estatales propiamente dichos, que las normas sustanciales a la cuales deba someterse la relación contractual sean aquellas que formen parte del denominado derecho privado, sin que por ello pierda su condición de estatal, así como también puede resultar - como ocurre con la generalidad de los casos-, que el régimen jurídico correspondiente sea mixto, esto es integrado tanto por normas de derecho público como de derecho privado (Consejo de Estado, 2008, Sentencia N° 52001-23-31-000-2005-00512-01).

De acuerdo con lo anterior, se precisa que por regla general todas las entidades estatales deben aplicar la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 en su actividad contractual, sin embargo, la ley excluye de su aplicación a alguna de ellas por lo cual las Entidades Estatales de régimen especial están facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas en la norma que crea el régimen especial y en su manual de contratación.

En ese contexto, la Ley 1150 de 2007 dispone en el **ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

La doctrina ha explicado que las características de los regímenes exceptuados del Estatuto General de Administración Pública son muchas, en esta oportunidad se va a señalar las más relevantes (Ortiz Lozano, 2018, páginas:14,15,16):

- La flexibilización en la gestión contractual: La conveniencia de no aplicar la Ley 80 de 1993 permite flexibilizar la gestión contractual.
- Una contratación ágil: Es fácil afirmar que la no aplicación de la Ley 80 de 1993 genera una contratación ágil por la aplicación de manera prevalente normas de derecho privado (normas civiles y comerciales)
- Una contratación dinámica: La inaplicabilidad de la Ley 80 de 1993 genera una contratación dinámica y la consiguiente libertad absoluta en la actividad contractual.

- La inaplicabilidad de las cláusulas exorbitantes: en los regímenes excepcionales al aplicar con mayor rigor normas de derecho privado resultan imposibles utilizar todas las cláusulas exorbitantes
- Procedimientos de selección de contratistas: Los regímenes exceptuados de la Ley 80 no están obligados a aplicar las reglas de procedimiento de modalidades de selección de contratista, desde luego que deben aplicar los principios de la función administrativa
- Contratación menos costosa: La no sujeción a la Ley 80 de 1993 implica una contratación “menos” costosa. Al aplicar dicho Estatuto implica mayores costos en la actividad contractual del Estado.

Al respecto de los contratos y el contenido de los mismos celebrados por entidades públicas con régimen exceptuado de la ley 80 de 1993, sobre este asunto, el Consejo de Estado sostiene:

Que los actos y contratos celebrados por Ecopetrol le son aplicables las normas de derecho privado, régimen que se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autoregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos (...)

Ahora bien, cuando se habla de contenido del contrato se hace referencia a la forma, los términos o condiciones con los cuales las partes van a regular o disponer de sus intereses y, según lo establece el artículo 1501 del Código Civil, en ese contenido deben distinguirse las cosas o elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los que son puramente accidentales (...)

Así pues, en los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 2011-00554).

A continuación, se relacionan las entidades con régimen exceptuado de la ley 80 de 1993:

POR LA NATURALEZA DE CIERTAS ENTIDADES ESTATALES:	POR EL OBJETO CONTRACTUAL
Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios	Contratación de la administración del subsidio de salud
Universidades estatales u oficiales	Contratos y asociaciones con entidades sin ánimo de lucro
Empresas sociales del estado	Contratos para el desarrollo de proyectos culturales
Entidades financieras de carácter estatal	Contratación del servicio público educativo
Fondos de servicios educativos	Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas
Banco de la República	Contratación de la operación del monopolio de juegos de suerte y azar
Ciertas Empresas Industriales y Comerciales del Estado y ciertas Sociedades de Economía Mixta	Contrato de concesión minera
Entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones	Fiducia sobre excedentes de tesorería
Entidades exceptuadas en el sector defensa	Contratación con organismos internacionales
Contratos del programa Colombia Humanitaria	Explotación de hidrocarburos
	Contratos de recuperación y/o conservación de antigüedades y valores náufragos
	Disposición por la DIAN de mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas

	Concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones
	Enajenación de acciones del estado
	Contratación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares
	Contratación de la operación del monopolio de licores
	Concesión de servicios postales
	Prestación del servicio de TV
	El "contrato de aporte" del ICBF

II. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS.

La ley 84 de 1873 comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles y dicta en su artículo “1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” De lo que se desprende que toda obligación y compromiso derivado de un negocio jurídico impone a las partes la carga de satisfacer una prestación determinada de dar, hacer o no hacer. Lo que significa que las partes deberán cumplir la prestación que constituye el objeto contractual a desarrollar.

Como consecuencia, cuando una de las partes no efectúa las obligaciones que le corresponden para satisfacer el objeto del contrato, se da la figura del incumplimiento, el cual no necesariamente extingue el vínculo jurídico contractual, así como tampoco autoriza a una de

las partes para terminarlo unilateralmente. Surge entonces para la parte cumplida las opciones de solicitar la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Ahora bien, trayendo a colación la definición del contrato desde el Código Civil para la contratación estatal tal como se expresó con anterioridad, ahora se expondrá el incumplimiento en los contratos estatales celebrados bajo la ley 80 de 1993.

Al respecto la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86 les otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación la posibilidad de declarar el incumplimiento e imponer las sanciones a los administrados que incumplan las obligaciones contraídas, en aras de garantizar los fines del Estado.

Se resalta que es obligación de las partes dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas en virtud de la celebración de un contrato estatal, las cuales serán verificadas por la entidad contratante a través de las figuras del supervisor e interventor y de no evidenciarse el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, la entidad iniciará el procedimiento sancionatorio respectivo.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha realizado un estudio histórico y juicioso sobre la potestad sancionadora del Estado. Sobre este asunto, el Consejo de Estado sostiene:

La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias, de allí que pueda predicarse que la caducidad es una forma de concretar el deber de dirección general de los contratos y la responsabilidad de control y vigilancia de la efectiva ejecución de las prestaciones. Por ello, el ordenamiento jurídico establece diferentes mecanismos encaminados a evitar la afectación o paralización de los servicios públicos, reconociendo al igual que lo hacía el anterior estatuto poderes unilaterales de interpretación y modificación de las cláusulas contractuales y de terminación de los negocios jurídicos. (Consejo de Estado, 2012, Sentencia 680-01(20738))

A su vez, La ley 80 de 1993:

“ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente [...]

De acuerdo con la potestad sancionadora, los medios que pueden utilizar la entidades Estatales para el cumplimiento de objeto contractual y en desarrollo del deber de control ,

vigilancia , la necesidades de dirección del contrato estatal y el aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración sobre los contratos las entidades podrán ejercer facultades ordinariamente corresponden al juez como es declarar el incumplimiento e imponer sanciones además de las competencia excepcionales de interpretación, modificación, terminación, caducidad, liquidación del contrato , por lo cual y como consecuencia estas tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir las obligaciones , así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las multas así impuestas pudiendo acudir para el efecto entre otras a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de las garantías , o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo la jurisdicción coactiva.

En cuanto al incumplimiento en los contratos celebrados por entidades públicas con régimen de contratación exceptuado del Estatuto General de la Contratación Pública, como primera medida es importante tener en cuenta que “ el régimen contractual aplicable es el derecho privado, y especialmente al principio de la autonomía dispositiva, las partes están facultadas legalmente para: modificar o ajustar algunos términos o elementos del contrato, cuando en su criterio las condiciones fácticas, técnicas y económicas así lo aconsejan ”. (Santofimio, 2016, pág. 24)

Por consiguiente, se destaca la aparente libertad que deriva de un grado de autonomía que poseen los regímenes especiales, en materia de contratación y que está orientado, específicamente, a la dinamización de la contratación, sin renunciar, por parte del

Estado, a la potestad de control efectivo sobre las decisiones que se tomen al interior del organismo.

En ese orden de ideas, la ley 80 de 1993 reguló la totalidad de la contratación bajo la categoría jurídica del contrato estatal, el artículo 14 determinó que las potestades excepcionales sólo se incluirían obligatoriamente en algunos contratos y de manera facultativa en otros, prohibiendo su estipulación en los demás. De esta manera, creó en la práctica dos especies de contratos estatales, aquellos que tienen las cláusulas excepcionales y los que carecen de ellas, lo que significa, para los efectos de este análisis, que el régimen del incumplimiento de los contratistas particulares es diferente según se cuente o no con estas potestades, especialmente la de caducidad administrativa (Arboleda Perdomo, 2006, Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil).

De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, para poder cobrar las multas en los contratos estatales regidos por el derecho privado es necesario acudir al juez, toda vez que si la entidad pública aplica de manera unilateral la multa esto implicaría la declaratoria de incumplimiento del contratista por parte de la entidad, y tal facultad solo esta prevista para los contratos regidos por el Estatuto General de la Contratación de la Administración, según lo expresado en la ley 1474 de 2011 .

Para concluir el incumplimiento en los contratos celebrados bajo el régimen exceptuado.

Sobre este asunto el Consejo de Estado ha sostenido:

En los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993. (Arboleda Perdomo, 2006, Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil).

III. MULTAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA, ESTUDIO DE LA SENTENCIA 2011-00554 DE 19 DE JULIO DE 2017.

La demanda de nulidad interpuesta por el señor Elías Francisco Torres en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol S.A, radica en que el demandante solicitó que se declarara que Ecopetrol incumplió el contrato 5202829, suscrito entre estos el 3 de diciembre de 2007, por haber ordenado la terminación anticipada y su posterior liquidación con fundamento en hechos contrarios a la realidad.

Entre las solicitudes pide que se declare la nulidad de la Resolución 5 del 29 de octubre 2009, por medio de la cual se ordenó la liquidación unilateral del contrato 5202829 del 3 de diciembre de 2007 y de los actos administrativos a través de los cuales la demandada le impuso unas multas por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, entre otras.

Dentro de los cargos de nulidad entre otros, el demandante señala:

Que teniendo en cuenta que el contrato 5202809 de 2007 se rige por normas de derecho privado, deben dejarse sin efecto alguno las facultades excepcionales de interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad consagradas en las cláusulas 24, 25, 26 y 27 del Capítulo 7º del documento de Condiciones Generales de Contratación de Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A. vulneró el artículo 1602 del Código de Comercio y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al ordenar la liquidación unilateral del contrato sin que se hubiera configurado alguna de las causales previstas en la ley para ello.

Por último, señala que la contratante al imponerle multas vulneró el artículo 1609 del Código Civil y los principios generales que rigen la actividad contractual del Estado, pues habiendo incumplido con las obligaciones a su cargo por no producir las cantidades de polietileno inicialmente calculadas, no podía entonces proceder a declarar el incumplimiento del contratista ni mucho menos imponerle sanciones de forma unilateral (Consejo de Estado, 2017. Sentencia 2011-00554).

En sentencia del 16 de diciembre de 2015 el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander resolvió negar las súplicas de la demanda, contra lo resuelto por el Tribunal, el demandante interpone recurso de apelación donde solicito que se revocara la decisión de primera instancia y que en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda. En cuanto las intervenciones solo se encuentra el Ministerio Publico quien guardo silencio en este asunto.

Respecto las consideraciones del Consejo de Estado, la sala retoma la problemática jurídica propuesta por el actor, precisando los conceptos adoptados como ratio decidendi para argumentar su decisión, de los cuales para el presente artículo se resaltan:

Como primera medida que el caso objeto de estudio para la época de los hechos la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A., ostentaba la naturaleza jurídica de Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial y que sus actos y contratos se rigen por las normas de derecho privado. (Contrato celebrado bajo el régimen exceptuado). Por lo tanto, “el régimen que se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta

como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autoregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos. De esta forma se entiende que las partes en ejercicio de ese poder o facultad para autoregular sus intereses pueden a través de estipulaciones contractuales determinar el contenido, alcance y modalidad del contrato o negocio jurídico que van a celebrar, siempre y cuando éstas no vayan en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni comporten el ejercicio abusivo de sus derechos.” (Santofimio, 2017, pág. 7).

En ese orden de ideas también es relevante la posición de la sala cuando afirma:

Resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 2011-00554).

A su vez se destaca la definición y elementos del acto administrativo cuando la sala asevera:

Ahora, los actos administrativos expedidos unilateralmente por alguna de las partes en la ejecución de un contrato estatal, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues tal como se señaló en líneas precedentes la expedición de aquellos se produce como consecuencia de las prerrogativas previamente dispuestas en la ley y, en cambio la emisión de los otros se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común.

Para finalizar , a raíz de todas las opiniones, intervenciones y citas mencionadas a través del estudio del tema principal de este artículo, se procede a exponer el siguiente argumento que sustenta la tesis principal expuesta a través de la reflexión de la legalidad de las multas contractuales impuestas en los contratos celebrados bajo los regímenes exceptuados de la

contratación estatal, conforme el principio de la autonomía de la voluntad de las partes quienes en ejercicio de su autonomía negocial pactan las condiciones del contrato.

Por lo tanto, los tipos de contratos celebrados por entidades con régimen exceptuado de las disposiciones previstas en la ley 80 de 1993, se fundan primordialmente en la autonomía dispositiva, y la inclusión de elementos o figuras accidentales no comportan el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común. Teoría acogida Según Santofimio Gamboa cuando afirmó en la sentencia objeto de Estudio lo siguiente:

En efecto, resulta alejado de la realidad jurídica sostener que es ilegal la inclusión de tales cláusulas en un contrato del Estado que se rige por el derecho privado puesto que semejante aseveración no tiene en cuenta la elemental consideración, que es del ABC del derecho privado, que en este las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan, eso sí, sin vulnerar las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del derecho. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 2011-00554)

Del análisis para la solución del caso concreto, El Consejo de Estado concluyó:

Teniendo en cuenta que el ejercicio de las facultades de imposición de multas y de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva, que además su ejercicio se previó en el contrato y que dichas estipulaciones no comportan el ejercicio de potestades excepcionales al derecho común, ni la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son ilegales las previsiones en ese sentido de las condiciones generales de contratación, ni las similares del contrato, ni los actos contractuales que con fundamento en esas estipulaciones se expidieron.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser confirmada, pero por las razones expuestas en el presente proveído.:

CONFIRMAR la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 2011-00554)

CONCLUSION

El artículo que se realizó a través del estudio jurídico de la legalidad de las multas pactadas en los contratos celebrados por las entidades con régimen exceptuado del Estatuto de la Contratación estatal ha sido de gran importancia, en cuanto ayudó a identificar y resaltar los puntos que se consideran importantes en materia de la contratación realizada por las entidades con régimen exceptuado de las disposiciones de la ley 80 de 1993, así mismo deja muchos puntos para reflexionar y otras las ha reforzado como puntos angulares, para llevar a cabo una buena aplicación del régimen privado en los contratos estatales además del cambio y/o evolución que ha tenido la Potestad Sancionadora del Estado como consecuencia de la aplicación del régimen privado en los contratos estatales donde prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía negocial pactan las condiciones del contrato.

Como se mencionó en el artículo, uno de los problemas más frecuentes que tiene la contratación realizada por entidades con régimen de contratación exceptuada, aunque es más ágil y dinámica por ser un régimen privado, se le aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En un contrato estatal celebrado bajo el régimen exceptuado donde prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el Estado puede aplicar los medios que tiene en los contratos estatales para exigir el cumplimiento del objeto contractual siempre y cuando se pacten de común acuerdo entre las partes quienes en ejercicio de su autonomía negocial pactan las condiciones del contrato. Por tanto, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”. (Consejo de Estado, 2017, Sentencia 2011-00554).

A lo largo del estudio jurídico de los contratos celebrados por entidades con régimen exceptuado de la contratación estatal, se pudieron apreciar argumentos de la jurisprudencia y la doctrina, los cuales lograron aportar para tomar posición y poder sustentar la tesis que se propuso al inicio del artículo.

Conforme la sentencia 2011-00554/57394 de julio 19 de 2017 del Honorable Consejo de Estado, se concluye que el problema y debate que se venía presentando por la estipulación de multas en los contratos celebrados por entidades sometidas al régimen exceptuado de la ley 80 de 1993, se solucionó al entender que los tipos de contratos celebrados por entidades con régimen exceptuado se fundan primordialmente en la autonomía dispositiva, y la inclusión de elementos o figuras accidentales no comportan el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.

Para concluir se predica la legalidad de la imposición de las multas en los contratos celebrados por las entidades con regímenes exceptuado de la ley 80 de 1993. Lo que representa que su aplicación no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de común acuerdo las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas.

Referencias Bibliográficas

Angarita, R. D., Carvajalino, A. R., & Bueno, M. M. D. (2018). CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA. HIPÓTESIS LIBRE, (11).

Congreso de la República. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de la República. (16 de julio de 2007) medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.

Congreso de la República. (12 de julio de 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873). Ley 84. Código Civil de los estados unidos de Colombia. Diario Oficial N°2.867. Recuperado de <http://secretariasenado.gov.co>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (25 de mayo de 2006) Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006. [MP. Enrique José Arboleda Perdomo]

Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo. (30 de enero de 2008) Sentencia 2005-00512. [MP. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (22 de octubre de 2012) Sentencia 1996-00680.[M.P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (24 de agosto de 2016) Sentencia 2007-00147-1 [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo. (19 de julio de 2017) Sentencia 2011-00554. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Constitución Política de la República de Colombia, (20 de julio de 1991) Esta versión corresponde a la segunda edición corregida. Gaceta Constitucional No. 116

Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica. (2 de febrero de 1983) Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983].DO: 36.189.

Ministerio de Justicia (9 de marzo de 1964) Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones. [Decreto 528 DE 1964]: 31.330.

Ortiz, L. (2018) La conveniencia de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al régimen jurídico contractual del Banco de la República (tesis de pregrado). Universidad de Ibagué, Tolima. Recuperado de <https://repositorio.unibague.edu.co/>