

CONTRATO ESTATAL - Multas: Características / MULTAS - Características en contratación estatal

1. La imposición de multas en los contratos estatales 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. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración. 3. En ese sentido, las entidades estatales deben remitir información de las multas y sanciones impuestas a las Cámaras de Comercio de la respectiva jurisdicción, conforme lo ordena el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 6

CONTRATACION ESTATAL - Deber de cobro de las sanciones / CONTRATACION ESTATAL - Multas: Imposición unilateral mediante acto administrativo / CONTRATACION ESTATAL - Multas: Medios de cobro. Límites / MULTAS - Contratación estatal: Medios de cobro. Límites

6. Partiendo del supuesto de que las entidades estatales pueden imponer las multas unilateralmente mediante acto administrativo (primera parte del artículo 17), y que en razón de ello la respectiva decisión goza, entre otras características, de carácter ejecutivo (art. 68 C.C.A.), el párrafo que se analiza establece lo siguiente: a) Que las entidades estatales pueden (deben) hacer efectivas directamente las multas y la cláusula penal. b) Que para hacer efectiva esas sanciones, pueden acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos: (i) compensación de las sumas adeudadas al contratista, (ii) cobro de la garantía, (iii) o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. Como se observa, estas facultades otorgadas a las entidades estatales son plenamente concordantes con el deber de cobro de las sanciones contenido en el artículo 4-2 de la Ley 80 de 1993 (supra 4º) y se inscriben en la misma lógica del Estatuto Contractual sobre deberes y responsabilidades de los contratistas (art.5) que las entidades estatales deben hacer cumplir para garantizar los fines de la contratación. 7. Ciertamente, la Ley 1150 de 2007 confiere a las entidades estatales amplitud de mecanismos (medios) para la recuperación de las multas, pues no solamente señala que se puede acudir “entre otros a los mecanismos de”, es decir, no limitados a los enumerados en la norma, sino que reitera además que la entidad se podrá auxiliar de “cualquier otro medio” para obtener el pago. Sin embargo, esa amplitud tiene límites que se derivan de la misma norma y de la facultad de cobro que allí se consagra. En primer lugar, está implícito que los medios utilizados por las entidades contratantes deberán ser legales y proporcionales y no podrán desconocerse tampoco los derechos del contratista-deudor. En segundo lugar, en cuanto a su finalidad, se observa que el párrafo

determina que los mecanismos que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto hacer efectiva la multa, o, como se señala en la parte final del mismo párrafo, obtener su pago. Y pago es, como señala el artículo 1627 del Código Civil, “la prestación de lo que se debe”, siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta. En tercer lugar y concordante con lo anterior, hay que advertir que aquélla amplitud de la norma recae sobre los “mecanismos” o “medios” para obtener el pago de la multa y no sobre ésta; dicho de otra forma, la disposición en comento constituye una habilitación-deber para las entidades estatales de utilizar todos los medios o mecanismos necesarios para “obtener el pago” efectivo de las multas y no como una autorización para cambiar el objeto de éstas. Precisamente, las opciones utilizadas en la norma como referentes (compensación, cobro de garantía, cobro coactivo), persiguen la satisfacción de la multa sin alterar su naturaleza pecuniaria y el hecho de que el objeto de la actuación estatal es el recaudo de la misma.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1627

CONTRATO ESTATAL - En ningún caso las multas pueden pagarse en especie / MULTAS - Contratación estatal: En ningún caso pueden pagarse en especie

9. Conforme a lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra que la opción planteada por la entidad consultante en el sentido de que las entidades estatales pudieran recibir el valor de las multas impuestas en bienes y servicios propios del contrato en ejecución, no se encuentra autorizada el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Este, como se ha indicado, complementa y desarrolla el deber de cobro de las sanciones ya establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Como se indicó, dado que la multa constituye una obligación de pagar una suma de dinero, debe entenderse a la luz del párrafo del artículo 17 en cita, que el medio o mecanismo que se utilice por la Administración “para hacer efectiva” la obligación, ha de orientarse a ese fin de recaudo o pago de la suma debida y no a otros distintos. De otro lado, la escogencia de la entidad estatal entre los medios enunciados en la norma o de cualquiera otro, debe estar regido por un principio de eficacia, en virtud del cual, el medio seleccionado no sólo debe ser adecuado para los fines de recaudo, sino que debe ser el más idóneo dentro de las diversas opciones que se tendrían para obtener el pago. (...) Además de las dificultades originadas por la falta de una norma que lo permita (principio de legalidad), la Sala observa que al convertir las multas en fuente de recursos para adionar los contratos estatales, se estarían asignando recursos al margen de la normatividad presupuestal y, posiblemente también, de los procedimientos selección de los contratistas y de los principios de transparencia y objetividad que rigen la contratación pública. La Sala ya había señalado que para la destinación de los ingresos obtenidos de multas provenientes del incumplimiento de un contrato estatal “se deberán cumplir las normas presupuestales, contractuales y contables pertinentes”. De otro lado, sería impropio que la multa, por vía de su pago en bienes o servicios, incrementara la experiencia o capacidad financiera del contratista, quien muy seguramente solicitaría certificación de ese mayor tiempo o valor del contrato. La multa perdería entonces su naturaleza de castigo y podría convertirse incluso en benéfica para el contratista, quien por esa vía obtendría una extensión del contrato sobre la base, paradójicamente, de su propio incumplimiento. (...) 11. Así las cosas, en relación con el segundo interrogante, cabe decir que la transacción (art. 2469 C.C) no sería aplicable para instrumentar la figura expuesta, no sólo por las limitaciones antes señaladas -que por sí mismas son suficientes para negar esa posibilidad-, sino porque la transacción tiene como

presupuesto la existencia de un conflicto entre las partes y en la hipótesis consultada no lo hay, pues como se ha indicado, se partiría de la base de que el contratista no discute la multa, que pagaría el valor íntegro de la misma y que no habría por demás ningún tipo de condonación, rebaja o negociación.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación diciembre de 2010

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040)

Actor: MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

Referencia: Multas en contratos estatales. Imposibilidad de recibir su pago en servicios.

LA CONSULTA

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones consulta a la Sala sobre la posibilidad de que en desarrollo de un contrato estatal, el valor de las multas impuestas sea recibido no en dinero, sino en servicios ofrecidos por el contratista. Previamente, la entidad consultante hace las siguientes consideraciones:

1. El 9 de diciembre de 2005, entre el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y FONADE, por una parte, y la Unión Temporal COLDECON, por otra, se suscribió *un contrato de aporte* para el Desarrollo de la Fase II del Programa Compartel de Conectividad en Banda Ancha para Instituciones Públicas.

2. El objeto del contrato es la *asignación modal* de recursos estatales, con el fin de que el contratista instale, configure, opere, preste y haga el mantenimiento, por su cuenta y riesgo y bajo su propio plan de negocios, del servicio de conectividad a Internet para un grupo de 2224 instituciones públicas (terceras en la relación contractual), definidas en el respectivo contrato.

Según el contrato, las entidades beneficiarias recibirán el servicio de Internet mediante un esquema de franjas horarias de prestación del servicio, que va decreciendo paulatinamente: 24 horas de servicio los primeros 14 meses, 6 horas los siguientes 17 meses y 3 horas los últimos 11 meses del contrato.

3. El plazo inicial del contrato es de 62 meses y el monto de los aportes de 57.121.310.000 (cincuenta y siete mil ciento veintidós millones trescientos diez mil pesos m/c), los cuales son manejados a través de una Fiducia Mercantil de Administración y Pagos constituida por la Unión Temporal y cuya utilización está sujeta a las condiciones y plazos establecidos en el contrato.

4. Mediante Otrosí No.2 de 2007, se incluyó un segundo grupo de entidades públicas beneficiarias (de acuerdo con una opción prevista en el contrato inicial), para lo cual se hizo un aporte adicional de 28.560.000.000 (veintiocho mil quinientos sesenta millones de pesos).

5. Por medio de la Resolución 1289/554 del 8 de octubre de 2008 (ratificada por Resolución 041/011 de 2009) se impuso una multa a la empresa contratista por valor de \$3.835.577.789, debido a serios retrasos en las etapas de instalación y puesta en marcha del servicio de conectividad a Internet que se contrató¹.

6. Como consecuencia de los referidos retrasos en las etapas iniciales de instalación y puesta en funcionamiento del servicio (20 meses aproximadamente), la subsiguiente etapa de prestación del servicio se deberá extender hasta la mitad del año 2014, según lo establecido en la cláusula décimo-quinta del contrato y de acuerdo con las franjas horarias anteriormente señaladas.

7, Dados los cambios tecnológicos que se han presentado en materia de conectividad a Internet durante los últimos años, el hecho de que algunas de las entidades públicas beneficiarias ya no requieren el servicio o que otras requieren mayor capacidad al haber aumentado su número de computadores o sus requerimientos de ancho de banda por el tipo de información que hoy transita en las redes de comunicación, las partes han venido revisando la posibilidad de modificar el contrato para ajustar tales aspectos técnicos.

Igualmente se está revisando la posibilidad de que el servicio de Internet se preste a las entidades públicas beneficiarias durante las 24 horas del día de manera ininterrumpida, reemplazando así el sistema de franjas decrecientes pactado inicialmente².

8. Conforme a lo anterior, en caso de que se concretara la modificación del contrato, habría dos cambios sustanciales en éste:

- a. Se trasladaría el servicio de Internet de 500 instituciones que ya no lo requieren hacia otras entidades públicas nuevas.
- b. Dado que el servicio se prestaría durante las 24 horas del día (ya no en franjas reducidas de 6 o de 3 horas), el plazo estimado del contrato ya no iría hasta el 2014, sino que se reduciría hasta septiembre-octubre de 2011.

9. Ahora, y este es el punto que se consulta, las partes también han estudiado la posibilidad de que el valor de la multa no sea recaudado en dinero efectivo, sino que sea recibido en servicios de Internet, de forma que, en el esquema modificadorio planteado, el contrato se extendería por 2 o 3 meses adicionales (hasta diciembre de 2011) de manera proporcional al valor de la multa adeudada.

En ese sentido, no se trataría de perdonar o condonar la multa, sino de recibir su pago en especie, es decir, mediante una adición en tiempo (mayor plazo) del contrato, durante el cual se recibirá más cantidad de los servicios a que está obligado el contratista.

¹ En audiencia posterior a la Consulta, la entidad consultante informa que la resolución que impuso la multa no fue demandada y se encuentra en firme.

² Según lo expuesto en audiencia posterior a la Consulta, la entidad consultante informó que el sistema de franjas horarias decrecientes, buscaba que las entidades beneficiarias fueran asumiendo por sí mismas la gestión del servicio; pero que, sin embargo, ello no ocurrió, por lo que se ha pensado reemplazar ese esquema por el de prestación continua durante las 24 horas.

Esta alternativa se estaría evaluando, en parte, dado que una de las empresas que forman parte de la Unión Temporal enfrenta problemas financieros y se encuentra en proceso de liquidación judicial.

Con fundamento en lo anterior, eleva a la Sala la siguiente consulta:

“Bajo el régimen legal del Estatuto General de Contratación Pública ¿es posible pactar que el pago de las multas impuestas por incumplimientos contractuales no se realice en dinero sino en su equivalente en servicios?”

¿Podría darse aplicación a lo definido por el Código Civil Colombiano en su artículo 2469?”

La entidad consultante señala finalmente que la consulta no se eleva solamente para resolver el caso expuesto, sino de manera general, en la medida que los proyectos de telecomunicaciones se encuentran estructurados de manera muy similar, por lo que las conclusiones de la Sala podrían servir para orientar a la entidad en casos similares en los que se impongan multas a los contratistas.

CONSIDERACIONES

Delimitación del problema jurídico

Conforme a lo expuesto, el problema jurídico que plantea la consulta se refiere a la posibilidad de que en un contrato estatal las multas impuestas al contratista sean pagadas por éste, no en dinero, sino con mayores bienes o servicios de los que aquél se ha obligado a entregar en virtud del contrato. En ese contexto, según se afirma, no habría condonación, negociación o revocatoria de la multa, sino una forma de pago, en la que el valor de la multa se transformaría en bienes o servicios por un monto equivalente al de la suma debida, los cuales serían recibidos por la entidad contratante mediante adición o modificación del contrato originalmente celebrado, o mediante una transacción (art. 2469 Código Civil).

Sobre este particular, la entidad consultante pregunta si el Estatuto General de Contratación Pública permitiría estructurar esa figura, que según ella estaría apoyada principalmente en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual es amplio en relación con los medios que pueden utilizar las entidades estatales para hacer efectivas las multas impuestas en desarrollo de un contrato estatal.

Así las cosas, el análisis que procede a realizar la Sala se referirá concretamente al estudio de la hipótesis planteada.

Las multas en los contratos estatales.

1. La imposición de multas en los contratos estatales 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 parcial³. Su

³ Concepto 1237 de 1999, M.P. César Hoyos Salazar. Sobre la multa como sanción pecuniaria, puede verse BERCAITZ, Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Depalma, Segunda Edición, 1980, p. 418. Igualmente, Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.412. Capitant señala que la multa “tiene por objeto inducir al deudor de una obligación de hacer o no hacer a que la cumpla, por la amenaza de tener que pagar una indemnización que puede acrecentarse de manera considerable

imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración⁴.

2. La obligación que nace de la multa es *el pago* de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de *pagar una suma de dinero* es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.

3. En ese sentido, las entidades estatales deben remitir información de las multas y sanciones impuestas a las Cámaras de Comercio de la respectiva jurisdicción, conforme lo ordena el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007⁵, que en su parte pertinente dispone:

“6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.”

Igualmente, esta Sala ha señalado que por tratarse de sanciones⁶, la imposición de multas genera los efectos del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 sobre publicación de los actos y sentencias sancionatorias.

si el incumplimiento se prolonga o se repite” (CAPITAN Henri. Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1986 (8ª reimpresión de la primera edición de 1930). P. 382.)

⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo general. Tomo II. Segunda Edición, Madrid, 2009, p. 229 y ss. Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Cuarta Edición, 1998, p.393 y 410.

⁵ Reglamentado por el D.1464 de 2010, en el cual se establece, entre otros aspectos, la forma en que se deberán reportar las multas impuestas y pagadas, así como la inclusión de dicha información en los certificados expedidos por las Cámaras de Comercio. La misma obligación aparecía ya en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, derogado, precisamente, por la Ley 1150 de 2007.

⁶ Concepto 1237 de 1999, M.P. César Hoyos Salazar. En concepto posterior, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Sala precisó que ante la ausencia de regulación especial en la Ley 80 de 1993, el pacto de multas se regulaba por las disposiciones civiles y comerciales y, en tal sentido, correspondía a una sanción privada y no al ejercicio del *ius puniendi* del Estado (Concepto 1748 de 2006, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo). Por su parte, la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que las multas son un tipo de sanciones administrativas y que, por ende, son expresión del *ius puniendi* del Estado, si bien se admiten modulaciones en la aplicación de algunos principios del derecho sancionatorio (Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 2008, Radicación número:

4. De otro lado, desde la Ley 80 de 1993 se estableció como deber de las entidades estatales, *para la consecución de los fines de la contratación estatal*, adelantar las gestiones necesarias para *el reconocimiento y cobro* de las sanciones pecuniarias a que hubiere lugar (art.4-2), obligación que viene a ser reforzada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 cuando establece, según pasa a verse enseguida, que las entidades contratantes garantizarán el recaudo y pago de las multas y cláusulas penales impuestas en desarrollo del contrato estatal.

La regulación de las multas en la Ley 1150 de 2007. Instrumentos para su cobro y límites.

5. El silencio de la Ley 80 de 1993 en relación con la cláusula de multas⁷, produjo en su momento diversas posiciones jurisprudenciales sobre la materia, en especial, en relación con la posibilidad de que fueran impuestas unilateralmente por la entidad contratante, con las consecuencias que ello representa para su cobro y ejecución⁸.

Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ y la doctrina nacional¹⁰, la Ley 1150 de 2007 zanjó esa discusión, pues le reconoció nuevamente a las entidades estatales, como en su momento lo hacía el Decreto Extraordinario 222 de 1983, la posibilidad de pactar multas y, sobre todo, de que sean impuestas unilateralmente por la entidad contratante mediante acto administrativo.

Adicionalmente, la Ley 1150 de 2007 extendió esa facultad a los contratos celebrados antes de su expedición (siempre que estuviere pactada) y dispuso el

68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), M.P. Enrique Gil Botero). En derecho comparado esta asimilación no es pacífica. Por ejemplo, para GARCIA DE ENTERRIA, el hecho de que en la relación bilateral de derecho público la Administración cuente con el poder de autotutela declarativa es una particularidad que no cambia la naturaleza de dicha relación (GARCIA de Enterría, Eduardo y PAREJO Alfonso Luciano. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2006.p, 171-172). En igual sentido SANTAMARIA PASTOR, ob.cit, p. 233: “conviene señalar, por último, que esta potestad de la Administración carece de carácter formalmente sancionador, por lo que no son de aplicación los preceptos con que la LRJAP disciplina este tipo de procedimientos”.

⁷ Solo había algunas referencias indirectas a las multas, tales como el artículo 4-2 arriba citado; igualmente, el artículo 22 (derogado por la Ley 1150 de 2007), que señalaba que en registro de proponentes debería aparecer toda la información relevante de los interesados en contratar con el estado, en particular “los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica...multas...”. También se consideraba que la orden de publicar actos y sentencias sancionatorias (art.32) incluía las multas contractuales (Concepto 1237 de 1999).

⁸ Inicialmente, en vigencia de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado avaló la posibilidad de pactar las multas y de hacerlas efectivas unilateralmente (por ejemplo providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002); posteriormente recogió esa tesis y consideró que las entidades estatales podían pactar multas pero carecían de competencia para declararlas unilateralmente mediante actos administrativos. Al respecto, ver principalmente Sentencia de 20 de octubre de 2005. Expediente No. 14579. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, y de manera reciente las Sentencias del 13 de noviembre de 2008 y 30 de julio de 2008, M.P. Enrique Gil Botero. Por parte de la Sala puede verse el Concepto 1748 de 2006 (M.P. Enrique José Arboleda Perdomo) que considera que “(...) una estipulación contractual denominada “multas” puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una “sanción pecuniaria” a manera de potestad exorbitante (...).”

⁹ Por todas, un recuento de la evolución de las multas desde el Decreto 222 de 1983 hasta la Ley 1150 de 2006, Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 2008, Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Al respecto pueden verse a manera de ejemplo los diversos artículos sobre la cláusula de multas publicados en REFORMAS AL REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL, Compilador DE VIVERO Arciniegas, Felipe. Universidad de los Andes, Bogotá 2010.

cobro directo de las multas por las entidades contratantes a través de cualquier *mecanismo o medio* necesario para hacer efectivo su pago, inclusive mediante jurisdicción coactiva. Todo lo anterior, en el artículo 17 de la ley, que dispuso lo siguiente:

“Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. (se subraya)

El objeto de la consulta tiene relación, específicamente, con el alcance del parágrafo del artículo 17 en cita (aparte subrayado), que se refiere a los medios a disposición de la entidad estatal contratante para hacer efectivo el pago de las multas impuestas en desarrollo del contrato. Pasa la Sala a analizar entonces su contenido y alcance.

6. Partiendo del supuesto de que las entidades estatales pueden imponer las multas unilateralmente mediante acto administrativo (primera parte del artículo 17), y que en razón de ello la respectiva decisión goza, entre otras características, de carácter ejecutivo (art. 68 C.C.A.), el parágrafo que se analiza establece lo siguiente:

a) Que las entidades estatales pueden (deben) hacer efectivas **directamente** las multas y la cláusula penal.

b) Que para hacer efectiva esas sanciones, pueden acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos:

(i) compensación de las sumas adeudadas al contratista,

(ii) cobro de la garantía,

(iii) o a cualquier otro medio **para obtener el pago**, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Como se observa, estas facultades otorgadas a las entidades estatales son plenamente concordantes con el deber de cobro de las sanciones contenido en el artículo 4-2 de la Ley 80 de 1993 (*supra* 4º) y se inscriben en la misma lógica del Estatuto Contractual sobre deberes y responsabilidades de los contratistas (art.5) que las entidades estatales deben hacer cumplir para garantizar los fines de la contratación.

7. Ciertamente, la Ley 1150 de 2007 confiere a las entidades estatales amplitud de mecanismos (medios) para la recuperación de las multas, pues no solamente señala que se puede acudir “entre otros a los mecanismos de”, es decir, no limitados a los enumerados en la norma, sino que reitera además que la entidad se podrá auxiliar de “cualquier otro medio” para obtener el pago.

Sin embargo, esa amplitud tiene límites que se derivan de la misma norma y de la facultad de cobro que allí se consagra. En primer lugar, está implícito que los medios utilizados por las entidades contratantes deberán ser legales y proporcionales y no podrán desconocerse tampoco los derechos del contratista-deudor.

En segundo lugar, en cuanto a su finalidad, se observa que el párrafo determina que los mecanismos que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto **hacer efectiva** la multa, o, como se señala en la parte final del mismo párrafo, **obtener su pago**. Y pago es, como señala el artículo 1627 del Código Civil, “la prestación de lo que se debe”, siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta¹¹.

En tercer lugar y concordante con lo anterior, hay que advertir que aquélla amplitud de la norma recae sobre los “*mecanismos*” o “*medios*” para obtener el pago de la multa y no sobre ésta; dicho de otra forma, la disposición en comento constituye una *habilitación-deber* para las entidades estatales de utilizar todos los medios o mecanismos necesarios para “obtener el pago” efectivo de las multas y no como una autorización para cambiar el objeto de éstas.

Precisamente, las opciones utilizadas en la norma como referentes (compensación, cobro de garantía, cobro coactivo), persiguen la satisfacción de la multa sin alterar su naturaleza pecuniaria y el hecho de que el objeto de la actuación estatal es *el recaudo* de la misma. Incluso cuando la norma se refiere a *la compensación*, indica que ésta operará contra “las sumas adeudadas al contratista”, de forma que es la obligación dineraria a cargo de la entidad estatal la que se cruza con la obligación del mismo tipo a cargo del contratista -en razón de la multa impuesta-, para asegurar su recaudo¹².

8. Debe tenerse en cuenta también que en la contratación estatal no opera con la misma amplitud que en el derecho privado, por lo menos respecto de la Administración, el principio de autonomía de la voluntad. Al respecto, la Sección

¹¹ Como señala Joserand “*pagar es ejecutar la prestación misma a que uno está obligado*”, siendo las demás formas de extinción de la obligación situaciones que tienen un carácter “*accidental, anormal, inesperado*”. (JOSERAND, Louis. Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América – Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1950, p. 662.)

¹² Concordante con la regla del Código Civil, según la cual la compensación opera sobre obligaciones de la misma naturaleza (art. 1715-a)

Tercera del Consejo de Estado ha señalado que *“contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.”*¹³

En ese sentido, la adquisición de bienes y servicios por el Estado se encuentra reglada, tanto desde el punto de vista de la asignación de recursos a ese fin (normatividad presupuestal), como desde la perspectiva de los procedimientos y formas de contratación (estatuto general de contratación). Unas y otras son normas de obligatorio cumplimiento.

Así que, las entidades estatales también se encuentran sujetas en materia contractual al principio de legalidad y, por ende, los espacios que quepan a la autonomía de la voluntad en virtud de la remisión de la Ley 80 de 1993 a legislación civil y comercial, no permiten inaplicar las reglas y principios propios de la contratación estatal, especialmente en temas sensibles como los sistemas de selección del contratista, las reglas de publicidad y transparencia, las normas sobre responsabilidad de autoridades, interventores y contratistas, etc.

Respuesta al problema jurídico planteado

9. Conforme a lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra que la opción planteada por la entidad consultante en el sentido que las entidades estatales pudieran recibir el valor de las multas impuestas en bienes y servicios propios del contrato en ejecución, no se encuentra autorizada el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Este, como se ha indicado, complementa y desarrolla el deber de cobro de las sanciones ya establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Como se indicó, dado que la multa constituye una obligación de pagar una suma de dinero, debe entenderse a la luz del párrafo del artículo 17 en cita, que el medio o mecanismo que se utilice por la Administración “para hacer efectiva” la obligación, ha de orientarse a ese fin *de recaudo o pago* de la suma debida y no a otros distintos. De otro lado, la escogencia de la entidad estatal entre los medios enunciados en la norma *o de cualquiera otro*, debe estar regido por *un principio de eficacia*, en virtud del cual, el medio seleccionado no sólo debe ser *adecuado* para los fines de recaudo, sino que debe ser el *más idóneo* dentro de las diversas opciones que se tendrían para obtener el pago.

En ese contexto, no se entendería que un acto expreso, exigible y ejecutable de una suma de dinero a favor de la entidad (normalmente amparado por la garantía única y, en el caso consultado, también con los recursos del fideicomiso de los cuales se puede debitar la multa¹⁴), fuera transformado en obligaciones de entrega de bienes o servicios, que pueden estar sujetas a nuevos incumplimientos ó a discusiones sobre sus calidades, defectos, valor, etc., escenario éste en que el monto de la multa y su exigibilidad podrían complicarse.

¹³ Sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ La cláusula 26.3 del Contrato establece: “...Ejecutoriada la providencia de imposición de multas, su cuantía se descontará de los aportes pendientes de desembolso o serán transferidos por la Fiduciaria con cargo al Fideicomiso constituido por el Operador y si ello no fuere posible, se hará efectiva contra la Garantía Unica de Cumplimiento que deberá reponerse en el monto correspondiente”.

Así que, contando la entidad con mecanismos de cobro eficientes, no parecería claro que la dificultad económica de uno de los miembros de la unión temporal tuviera la potencialidad de generar una excepción a la normatividad vigente, basada en el riesgo de pérdida del valor de la multa. Más aún cuando los demás miembros de la unión temporal, deben responder de manera proporcional a su participación (art.7 Ley 80 de 1993)

Cuestión distinta será que agotados otros medios para obtener el pago de la multa, la entidad estatal acuda a la jurisdicción coactiva, dentro de la cual, ya no en el contexto del contrato, sino de los procesos de ejecución, será posible celebrar acuerdos de pago para garantizar, no la obtención de bienes o servicios para el Estado, sino el recaudo final de las sumas debidas.

10. Pero también, en el contexto del actual Estatuto de Contratación Pública, la alternativa de recibir bienes y servicios en lugar de la multa sin una normatividad expresa que lo permita y que establezca las condiciones y restricciones con que operaría dicha figura, resulta problemática.

Además de las dificultades originadas por la falta de una norma que lo permita (principio de legalidad), la Sala observa que al convertir las multas en fuente de recursos para adicionar los contratos estatales, se estarían asignando recursos al margen de la normatividad presupuestal y, posiblemente también, de los procedimientos selección de los contratistas y de los principios de transparencia y objetividad que rigen la contratación pública. La Sala ya había señalado que para la destinación de los ingresos obtenidos de multas provenientes del incumplimiento de un contrato estatal “se deberán cumplir las normas presupuestales, contractuales y contables pertinentes”¹⁵.

De otro lado, sería impropio que la multa, por vía de su pago en bienes o servicios, incrementara la experiencia o capacidad financiera del contratista, quien muy seguramente solicitaría certificación de ese mayor tiempo o valor del contrato. La multa perdería entonces su naturaleza de castigo y podría convertirse incluso en benéfica para el contratista, quien por esa vía obtendría una extensión del contrato sobre la base, paradójicamente, de su propio incumplimiento.

Comprende la Sala que este tipo de figuras en determinados casos parecerían convenientes y aconsejables para ambas partes, pero considera también que se requeriría un marco normativo que garantizara su uso adecuado y evitara que por esa vía, el contratista incumplido, en lugar de asumir su responsabilidad, resulte favorecido y premiado por la Administración. Por tanto, se debe reiterar, sin una regulación legal precisa tal opción no es posible.

11. Así las cosas, en relación con el segundo interrogante, cabe decir que la transacción (art. 2469 C.C) no sería aplicable para instrumentar la figura expuesta, no sólo por las limitaciones antes señaladas -que por sí mismas son suficientes para negar esa posibilidad-, sino porque la transacción tiene como presupuesto la existencia de un conflicto entre las partes y en la hipótesis consultada no lo hay, pues como se ha indicado, se partiría de la base de que el contratista no discute la multa, que pagaría el valor íntegro de la misma y que no habría por demás ningún tipo de condonación, rebaja o negociación.

12. Conforme a lo anterior, la Sala responde:

¹⁵ Concepto 1946 de 2009, M.P. William Zambrano Cetina.

“Bajo el régimen legal del Estatuto General de Contratación Pública ¿es posible pactar que el pago de las multas impuestas por incumplimientos contractuales no se realice en dinero sino en su equivalente en servicios?”

En el marco del Estatuto General de Contratación Pública no es posible pactar que el pago de las multas impuestas por incumplimientos contractuales se realice en su equivalente en servicios.

¿Podría darse aplicación a lo definido por el Código Civil Colombiano en su artículo 2469?”

Por las razones que se han expuesto, no podría darse aplicación al artículo 2469 del Código Civil para recibir bienes y servicios como pago del valor de las multas impuestas en los contratos estatales.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Magistrado

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Magistrado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala