**SERVICIOS PÚBLICOS – Fines del estado**

Según lo establece el artículo 365 de la Constitución Política “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,” y es deber de éste “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,” que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”

**SERVICIOS PÚBLICOS – Ley 80 de 1993**

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que “los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

**CLÁUSULAS EXORBTANTES – Control del Estado – Contratación estatal**

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. (…) Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Aplicación**

Por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Ley 80 de 1993 – Principios**

El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Régimen jurídico – Naturaleza del contrato**

Bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501 del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Incumplimiento de las obligaciones – Contratista – Declaratoria de incumplimiento**

Cuando es el contratista el que incurre en un incumplimiento del contrato del Estado, resulta necesario determinar si para la época en la que éste se produjo la Administración ostentaba la competencia para declararlo unilateralmente con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida o con el objeto de imponer sanciones sin necesidad de acudir al juez del contrato.

**MULTAS – Imposición – Decreto 222 de 1983**

De ésta forma se encuentra que en vigencia del Decreto 222 de 1983 el artículo 71 de ese Estatuto consagraba la facultad de la administración para imponer unilateralmente multas mediante una Resolución debidamente motivada, ante la mora o los incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista en la ejecución del contrato. Por su parte, el artículo 72 de ese Decreto preveía la facultad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal previamente convenida en el contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado, sin necesidad de acudir al juez para ello.

**FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN – Ley 80 de 1993 – Límites – Declaración de incumplimiento – Falta de competencia**

En ninguna de sus disposiciones consagró la facultad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, obligándola entonces a que para tales fines tuviera que acudir a la jurisdicción para que fuera el juez competente quien lo hiciera. En efecto, con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas o la cláusulas penales ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas o hacerlas efectivas de forma unilateral“por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”. (…) es claro que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración no ostentaba la competencia para para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previamente convenida en el contrato, pero sí podía pronunciarse sobre el mismo para hacer efectiva la póliza de garantía.

**CLÁUSULA PENAL – Exigibilidad – Ley 1150 de 2007**

Se entiende que en vigencia de la Ley 1150 de 2007 fue el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para hacer exigibles las cláusulas penales convenidas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia. En éste punto, es preciso resaltar que el artículo 33 de la ley 1150 de 2007 estableció expresamente que ésta empezaría a regir transcurridos seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y como se promulgó el 16 de julio de 2007 mediante el Diario Oficial No. 46.691, se entiende que sus disposiciones empezaron a regir desde enero de 2008.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00639-01(59212)**

**Actor: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se modifica la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas por falta de competencia funcional/Restrictor: El incumplimiento contractual/Potestades excepcionales como mecanismos para mantener la dirección vigilancia y control de los contratos/Competencia de las entidades estatales para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en vigencia del Decreto 222 de 1983 /Competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en vigencia de la Ley 80 de 1993/ nulidad de los actos administrativos por falsa motivación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 17 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, mediante la cual se declaró como no probada la excepción de prescripción de la acción del contrato de seguros y se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**I.ANTECEDENTES.**

**1. Lo pretendido.**

El 22 de mayo de 2006[[1]](#footnote-1) la **Compañía Agrícola de Seguros S.A.** presentó demanda contra el **Departamento del Guaviare** solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006, mediante las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato No. 027 de 2004 suscrito entre éste y Proteger A.C., se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Solicita en consecuencia que se declare que no se encuentra obligada a dar cumplimiento a dichas Resoluciones y que se le ordene al demandado la restitución de las sumas que haya cancelado o que llegare a cancelar con ocasión de lo allí ordenado, más los intereses moratorios causados desde la fecha en la que fueron recaudados hasta la fecha en la que se realice su restitución efectiva a la tasa máxima legal.

Pide además que se condene en costas al demandado.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

El 19 de febrero de 2004 se celebró entre Proyectos Técnicos Gerenciales Proteger A.C. y el Departamento del Guaviare el contrato No. 027 de 2004, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a construir un puente sobre el Río Unilla, ubicado en el Municipio de Calamar (Guaviare) por un valor de $613´448.040,24.

Manifiesta que a través de la cláusula sexta del contrato las partes convinieron que a través de una cuenta conjunta manejarían las sumas por concepto de anticipo, obligación que el accionado incumplió al entregarlas sin control alguno.

Como término de duración del contrato se fijó el plazo de seis (6) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de Obras, esto es, desde el 5 de mayo de 2004.

Dicho plazo se suspendió mediante la suscripción de las actas de suspensión Nos. 1 del 10 de junio de 2004 (hasta el 14 de enero de 2005) y la No. 2 del 20 de mayo de 2005 (hasta el 22 de agosto de 2005).

Dice que el contrato suscrito es un convenio interadministrativo por haber sido celebrado entre dos Entidades Estatales y que el plazo inicialmente convenido finalizó el 9 de diciembre de 2005.

La contratista Proyectos Técnicos Gerenciales Proteger A.C. constituyó garantía única de cumplimiento ante la Compañía Agrícola de Seguros S.A., en adelante Agrícola quién expidió la Póliza No. 6501000111501 con una vigencia desde el 23 de febrero de 2004 hasta el 28 de diciembre de 2005.

Señala que el Departamento del Guaviare expidió la Resolución No. 0205 del 4 de marzo de 2005, por medio de la cual declaró la caducidad administrativa del contrato No. 027 de 2004, decisión que revocó a través de la Resolución No. 628 de 2005.

El Departamento del Guaviare no le suministró oportunamente al contratista los planos y diseños definitivos de las obras objeto del contrato suscrito y no obtuvo oportunamente la licencia ambiental necesaria para iniciar su ejecución.

**2.1. Cargos de Nulidad.**

Alega que con la expedición de las Resoluciones impugnadas se vulneraron los artículos 6º, 113, 121, 122 y 228 de la Constitución Política; 1602 y 1603 del Código Civil; 870, 871, 1054, 1058 1060 y 1062 del Código de Comercio; 14, 15, 16, 17, 18, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y el demandado incurrió en falsa motivación.

Teniendo en cuenta que el contrato suscrito es un convenio interadministrativo, no se podía convenir el ejercicio de potestades excepcionales tales como la declaratoria unilateral de incumplimiento.

Para que la administración pueda declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato mediante una Resolución debe estar autorizada por la Ley y si bien dicha facultad se encontraba consagrada en el en el artículo 72 del Decreto No. 222 de 1983, éste fue derogado por el artículo 81 de la ley 80 de 1993, que sólo permite que se declare el incumplimiento a través del uso de la cláusula de caducidad administrativa.

El Departamento del Guaviare al declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato invadió la competencia de la Rama Judicial y además lo hizo de forma extemporánea, pues debió hacerlo dentro del plazo contractual.

Al no manejar conjuntamente con el contratista los dineros entregados a título de anticipo, no obtener oportunamente la licencia ambiental requerida y no suministrar los planos y diseños vulneró los artículos1602 y 1603 del Código Civil; 870, 871, 1054, 1058 1060 y 1062 del Código de Comercio.

Incurrió en falsa motivación y vulneró el derecho al debido al declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato afirmando que lo hacía en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 80 de 1993.

**3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiado el demandado Departamento del Guaviare del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y éste le dio respuesta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones[[3]](#footnote-3).

Mediante auto del 16 de julio de 2010[[4]](#footnote-4) se ordenó la vinculación al proceso de la Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales- Proteger A.C.- en su calidad de contratista, al no ser posible la notificación personal del auto admisorio de la demanda se ordenó su emplazamiento por auto del 15 de julio de 2013[[5]](#footnote-5) y ante su no comparecencia se le designó un *Curador Ad Litem* quién tomó posesión de su cargo el 20 de febrero de 2014 y contestó la demanda[[6]](#footnote-6) oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepción la de *“prescripción de la acción derivada del contrato de seguro”* argumentando que no se le había notificado el auto admisorio de la demanda a tiempo.

Después de decretadas[[7]](#footnote-7) y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada tanto por la parte demandante[[8]](#footnote-8), como por la parte demandada[[9]](#footnote-9).

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 17 de agosto de 2016 el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró como no probada la excepción de prescripción de la acción del contrato de seguros, declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006 y en consecuencia condenó al demandado a restituir en favor de la demandante las sumas que hubiera cancelado o que llegare a cancelar con ocasión de éstas.

Para adoptar éstas decisiones expuso las siguientes razones:

En lo relativo a la excepción que la Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales- Proteger A.C.- denominó “*prescripción de la acción del contrato de seguros”* la declara como no probada al señalar que ese medio exceptivo sólo podía ser alegado en el proceso por la aseguradora con el fin de enervar las pretensiones indemnizatorias, más no por la Cooperativa.

Hace un breve recuento de los hechos probados en el proceso y se refiere a los artículos 14, 18, 32 y 40 inciso 2º de la Ley 80 de 1993, para luego señalar que en vigencia de dicho Estatuto las Entidades Estatales no tenían la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato mediante un acto administrativo y que si bien esas mismas normas regulaban el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad por virtud del cual las partes convinieron una cláusula penal pecuniaria, para hacerla efectiva no podía la Entidad contratista abrogarse una facultad que no tenía.

El demandado al declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato suscrito se puso en una posición privilegiada que se traduce en el ejercicio de una potestad excepcional no conferida por la Ley 80 de 1993.

Señala que fue la Ley 1150 de 2007 la que a través de su artículo 17 le otorgó a las Entidades Estatales la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y trae a cuento las sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación el 3 de septiembre de 2015 bajo el radicado No. 38.100 y el 29 de enero de 2014 bajo el radicado No. 26.869, para luego concluir que en el presente asunto el Departamento del Guaviare carecía de competencia para expedir las Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 154 del 15 de febrero de 2006 y en consecuencia declara su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho le ordenó al Departamento del Guaviare reintegrar las sumas que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. le hubiera cancelado por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato No. 027 de 2004, las cuales debían estar debidamente actualizadas tomado como índice inicial el IPC certificado por el DANE para la fecha en la que ésta hubiera realizado el desembolso; y como índice final el certificado por el DANE para la fecha de ejecutoria de esa providencia.

Por último, niega la pretensión de condena en costas.

**III EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto el demandado Departamento del Guaviare instauró el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Segunda de ésta Corporación el 15 de noviembre de 1990 bajo el radicado No. 2339 relativa a la procedencia de la pretensión de restablecimiento en la acción interpuesta, para luego señalar que ésta no reunía los requisitos de ley, pues la sociedad actora no sustentó suficientemente sus pretensiones de restablecimiento.

No existe certeza de la existencia del derecho cuyo reconocimiento ordena el Tribunal de primera instancia a título de restablecimiento, por lo cual no existe nexo de causalidad entre la causa y el daño.

Afirma que el Tribunal de primera instancia no podía declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas, pues éstas fueron expedidas con fundamento en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Existió un incumplimiento de la contratista, por lo que la Sociedad accionante al ser la garante del contrato No. 027 de 2007 debía entrar a responder por concepto de la cláusula penal convenida.

El incumplimiento del contrato No. 027 de 2007 daba lugar a que se ordenara su terminación inmediata, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Con base en lo expuesto, el apelante solicita que se revoque la sentencia apelada y que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda con fundamento en los artículos 86 y 212 del Código Contencioso Administrativo y 14 de la Ley 80 de 1993.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1) El incumplimiento contractual; 2) Potestades excepcionales como mecanismos para mantener la dirección vigilancia y control de los contratos; 3) Competencia de las entidades estatales para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en vigencia del Decreto 222 de 1983; 4) Competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en vigencia de la Ley 80 de 1993; 5) Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación; 6) La solución del caso concreto.

1. **El incumplimiento contractual.**

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar al respecto:

*“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.*

*No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

*En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.*

*Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”[[10]](#footnote-10) y esta situación, por regla general,[[11]](#footnote-11) no da lugar a la responsabilidad civil.[[12]](#footnote-12)*

*(…) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.*

*En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.*

*Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.*

*Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”*

*Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.*

*Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.*

*(…) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.*

*No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:*

*“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal…”*

*“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”*

*“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”[[13]](#footnote-13).*

1. **Potestades excepcionales como mecanismos para mantener la dirección vigilancia y control de los contratos.**

Según lo establece el artículo 365 de la Constitución Política *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* y esdeber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*  y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*.*”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*[[14]](#footnote-14)

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.[[15]](#footnote-15)

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista.

Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

En lo relativo a las cláusulas excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993, ya ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar:

*El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva* *a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes[[16]](#footnote-16).*

*Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducía en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.*

*En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501[[17]](#footnote-17) del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual[[18]](#footnote-18).*

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 14[[19]](#footnote-19) de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista[[20]](#footnote-20).*

*Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] 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”.*

*En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.*

*El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.*

*El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales...*

*Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.*

*En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.”[[21]](#footnote-21) [[22]](#footnote-22)*

1. **Potestad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal en vigencia del Decreto 222 de 1983.**

Cuando es el contratista el que incurre en un incumplimiento del contrato del Estado, resulta necesario determinar si para la época en la que éste se produjo la Administración ostentaba la competencia para declararlo unilateralmente con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida o con el objeto de imponer sanciones sin necesidad de acudir al juez del contrato.

De ésta forma se encuentra que en vigencia del Decreto 222 de 1983 el artículo 71[[23]](#footnote-23) de ese Estatuto consagraba la facultad de la administración para imponer unilateralmente multas mediante una Resolución debidamente motivada, ante la mora o los incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista en la ejecución del contrato.

Por su parte, el artículo 72[[24]](#footnote-24) de ese Decreto preveía la facultad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal previamente convenida en el contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado, sin necesidad de acudir al juez para ello.

En lo relativo a la facultad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal previamente convenida en el contrato o consagrada en los pliegos de condiciones la Sección Tercera de ésta Corporación ya había señalado:

*“para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.*

*(…)*

*El decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En los artículos 71 y 72 disponía la obligación de las entidades estatales -con algunas excepciones- de pactar la cláusula de multas y la penal pecuniaria y, además, confería la potestad de imponerlas directamente, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos legales al respecto(…)*

*(…)*

*De las normas transcritas se destacan tres aspectos: el primero, relacionado con la obligación que, expresamente, impone la ley a las entidades públicas de pactar en sus contratos administrativos la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria, con excepción, en ambos casos, del contrato de empréstito; en segundo lugar, son claras las normas al otorgar a las entidades públicas la potestad de imponer y hacer efectivas, directamente, las multas y la cláusula penal, facultad mediante la cual se espera que la administración alcance los fines propios del Estado. Finalmente, ambas normas contemplan la obligación para la entidad de aplicar estas sanciones con plena observancia del* *principio de proporcionalidad, condición que se erige en garantía frente del ejercicio de las actuaciones de la administración -sobre este principio se volverá más adelante-.*

*(…)*

*Teniendo en cuenta que de conformidad con el decreto-ley 222 de 1983 -para efectos del caso concreto- las entidades públicas tenían competencia para imponer y cobrar las sanciones pecuniarias, es preciso advertir que la multa y la cláusula penal deben contemplarse en el contrato y en los pliegos de condiciones[[25]](#footnote-25), en cumplimiento del principio de legalidad”[[26]](#footnote-26).*

Así las cosas es claro que la administración, en vigencia del Decreto 222 de 1983, tenía la competencia tanto para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previamente convenida en el contrato sin necesidad de acudir al juez para ello, como para imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual.

1. **Competencia de las entidades estatales para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal en vigencia de la Ley 80 de 1993.**

Pero no ocurrió lo mismo con la Ley 80 de 1993, Estatuto que en ninguna de sus disposiciones consagró la facultad de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, obligándola entonces a que para tales fines tuviera que acudir a la jurisdicción para que fuera el juez competente quien lo hiciera.

En efecto, con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas o la cláusulas penales ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas o hacerlas efectivas de forma unilateral*“por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”.*

Al respecto se señaló:

*“Encuentra la Sala que si bien en el contrato número 143 de 1994 se estipuló una cláusula penal pecuniaria, este se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración* ***no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria****, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación desde el año 2005[[27]](#footnote-27), cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007:*

*“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 faculten 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[[28]](#footnote-28) 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.*

*“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,*

*“(…)*

*“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”[[29]](#footnote-29) 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”[[30]](#footnote-30) 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[[31]](#footnote-31). 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.*

*(…)*

*…reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 –antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007- si bien se habilitó a las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para pactar la cláusula penal pecuniaria, no autorizó a las entidades contratantes –en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983- para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato -con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria-, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”[[32]](#footnote-32).*

De ésta forma, es claro que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración no ostentaba la competencia para para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previamente convenida en el contrato, pero sí podía pronunciarse sobre el mismo para hacer efectiva la póliza de garantía.

Dicha postura fue reiterada posteriormente por algunas providencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación[[33]](#footnote-33) al resolver asuntos que tuvieron lugar previamente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual mediante el artículo 17 zanjo todas las discusiones relativas a la competencia de las entidades para imponer y exigir unilateralmente las multas contractuales.

En efecto, mediante el Parágrafo tercero del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se dispuso:

“***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”.*

El alcance de dicha norma fue precisado posteriormente por la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

*"(...) a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".*

*El parágrafo transitorio trascrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.*

*Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella[[34]](#footnote-34).*

Así las cosas, se entiende que en vigencia de la Ley 1150 de 2007 fue el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para hacer exigibles las cláusulas penales convenidas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia.

En éste punto, es preciso resaltar que el artículo 33 de la ley 1150 de 2007 estableció expresamente que ésta empezaría a regir transcurridos seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y como se promulgó el 16 de julio de 2007 mediante el Diario Oficial No. 46.691, se entiende que sus disposiciones empezaron a regir desde enero de 2008.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato que dio lugar al presente litigio se celebró el 19 de febrero de 2004 y que los actos administrativos impugnados fueron expedidos, respectivamente, el 5 de enero de 2006 y el 15 de febrero de 2006, esto es, cuando aún no habían empezado a regir las disposiciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, es evidente que para esa fecha la administración no ostentaba la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida, sino que para dichos fines debía acudir al juez del contrato.

1. **La solución del caso concreto.**

En el asunto que ahora se resuelve por la vía de la apelación se encuentra que el 19 de febrero de 2004 se celebró entre La Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales “Proteger A.C.” y el demandado el contrato No. 027 de 2004, por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a construir un puente sobre el Río Unilla, ubicado en el Municipio de Calamar (Guaviare) por un valor de $613´448.040,24 (Fols. 95 a 100 del C. No. 3 de pruebas)

La Administración Cooperativa de Proyectos Gerenciales “Proteger A.C” constituyó una la garantía única de cumplimiento ante la Sociedad Agrícola de Seguros S.A., quién expidió la Póliza No. 6501000111501 el 25 de febrero de 2004, modificada el 18 de marzo de 2004, con una cobertura por el amparo de buen manejo e inversión del anticipo y de cumplimiento desde el 23 de febrero de 2004 hasta el 23 de mayo de 2005, la cual fue aprobada el 24 de marzo de 2004 (Fol. 154 del C. No. 3 de pruebas).

Como término de duración del contrato se fijó el plazo de seis (6) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de Obras (Fol. 96 del C. No. 3 de pruebas) esto es, desde el 5 de mayo de 2004 (Fol. 101 del C. No. 3).

Dicho plazo se suspendió mediante la suscripción de las actas de suspensión Nos. 1 del 10 de junio de 2004 (Fols. 102 y 103 del C. No. 3) (hasta el 14 de enero de 2005) y la No. 2 del 20 de mayo de 2005(Fols. 109 y 110 del C. No. 3) (hasta el 22 de agosto de 2005) (Fols. 111 y 112 del C. No. 3).

El contrato se terminó el 9 de diciembre de 2005, según se afirma en la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006 (Fols. 17 a 19 del C. No. 3).

Que con fundamento en lo acordado por las partes en el contrato No. 027 del 19 de febrero de 2004, la cláusula penal pactada en la Cláusula Novena y los incumplimientos en los que incurrió la contratista en el cronograma de obras, el demandado expidió la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006, mediante la cual declaró el incumplimiento de la contratista; hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida por un valor equivalente a $61´344.804,00; y por medio de los artículos tercero y cuarto de la parte resolutiva estableció que en caso de que dicha suma no fuera cancelada dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación se requeriría a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de buen manejo e inversión del anticipo contenido en la Póliza No. 6501000111501 expedida (Fols. 16 a 19 del C. No. 3).

Contra dicha resolución la Sociedad accionante Agrícola de Seguros S.A. instauró el recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 0154 del 15 de febrero de 2006 en el sentido de no reponerla y ordenar la liquidación bilateral del contrato No. 027 del 19 de febrero de 2004 (Fols. 20 a 28 del C. No. 1).

* 1. Pues bien, de la sola referencia de las fechas en las cuales se expidieron las Resoluciones impugnadas, esto es, 5 de enero de 2006 y 15 de febrero de 2006 y teniendo en cuenta que la ley 1150 de 2007 comenzó a regir en enero de 2008, es evidente que el demandado carecía de competencia funcional para proferirlas, pues para ésa época no existía norma legal alguna que expresamente lo facultara para declarar unilateralmente el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida, pues tal como se precisó en la parte motiva de ésta providencia ésa posibilidad sólo era posible en vigencia del Decreto 222 de 1983 y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Para la Sala es claro que para la fecha en la que se expidieron las Resoluciones impugnadas, el demandado debía acudir al juez del contrato para que éste pudiera proceder a declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal convenida.

No le asiste la razón al apelante cuando afirma que el Tribunal de primera instancia no podía declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas por haber sido expedidas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, pues se reitera dicha disposición no autorizo expresamente a la administración para que pudiera declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida.

El Tribunal de primera instancia adoptó su decisión con fundamento en la postura jurisprudencial que ha sido acogida, reiterada y aplicada por la Sección Tercera de ésta corporación frente asuntos que tuvieron lugar dentro de la época comprendida entre la fecha de entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y previamente a la expedición de la Ley 1150 de 2007[[35]](#footnote-35).

De ésta forma, es evidente que el Tribunal no desconoció la postura jurisprudencial imperante, sino que en su lugar acogió la tesis aplicable al asunto sujetándose a la norma vigente para la fecha en la que se expidieron las Resoluciones impugnadas.

En conclusión, teniendo en cuenta que al presente asunto le eran aplicables las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que dicho estatuto no le otorgó expresamente la facultad a las entidades estatales para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer exigible la cláusula penal pecuniaria, es evidente que los actos administrativos mediante los cuales el Departamento del Guaviare declaró unilateralmente el incumplimiento de la Sociedad contratista e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria convenida y confirmó dicha decisión se encuentran viciadas de nulidad, pues para ésa época el Departamento del Guaviare no ostentaba la competencia funcional para ello.

Tampoco ostentaba la competencia temporal para ello, pues para la fecha en la que expidió las Resoluciones impugnadas el contrato el plazo de ejecución del contrato ya había finalizado.

Ahora bien, como la sociedad accionante pidió que se declarara la nulidad de la totalidad de las Resoluciones impugnadas, ésta Sala procederá entonces a declararla respecto de la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006, por medio de las cuales se estableció que en caso de que la suma por concepto de la cláusula penal pecuniaria convenida no fuera cancelada dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación se requeriría a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de buen manejo e inversión del anticipo contenido en la Póliza No. 6501000111501 expedida.

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser modificada en éste punto.

En lo relativo a las pretensiones de restitución de los dineros cancelados con ocasión de los actos administrativos impugnados, la Sala le ordenara al Departamento del Guaviare reembolsar a la Sociedad accionante las sumas que hubiese tenido que cancelar con ocasión de lo dispuesto en las Resoluciones impugnadas.

En éste sentido la sentencia apelada deberá ser revocada, para en su lugar negar las pretensiones de restablecimiento.

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 la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, la cual quedará así:

1. **DECLARAR** la nulidad Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006, por medio de las cuales se estableció que en caso de que la suma por concepto de la cláusula penal pecuniaria convenida no fuera cancelada dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación se requeriría a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros S.A. para que la cancelara con cargo al amparo de buen manejo e inversión del anticipo contenido en la Póliza No. 6501000111501 expedida
2. **CONDENAR** al demandado Departamento del Guaviare a reembolsar los dineros que la sociedad accionante haya cancelado o hubiese tenido que cancelar con ocasión de lo ordenado en las Resoluciones impugnadas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

 **Magistrado Magistrado**

 **Aclaró voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sección Tercera**

1. Folios 6 a 12 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 115 a 119 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 148 a 153 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 482 del C. No.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 566 del C. No.1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Contestó la demanda a través del escrito del 4 de abril de 2014 (Fols. 596 y 597 del C. No. 1) y si bien por medio del auto del 7 de julio de 2014 se tomó por no contestada al ser presentado de forma extemporánea (Fol. 599 del C. No. 1), en la sentencia que ahora es objeto de apelación se tiene como contestada. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 173 a 175 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 607 a 618 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 694 a 696 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237 (Original del fallo que se cita) [↑](#footnote-ref-10)
11. Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibídem (Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831. [↑](#footnote-ref-13)
14. Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-14)
15. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net./10016/8339. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, en Banco de datos jurídicos, cit.: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...” (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-16)
17. Código Civil. Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19730. […] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.”

Consultar entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, CP: Ramiro Saavedra Becerra, Rad. Nº 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, CP: Germán Rodríguez Villamizar, Nº 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, CP: Enrique Gil Botero, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, CP: Miryam Guerrero de Escobar, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad.N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, CP: Ruth Stella Correa Palacios, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, CP: Enrique Gil Botero, Rad: 15940, Rad: 17557 CP: Olga Melida Valle De De la Hoz, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580, Cp, Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-18)
19. 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](http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM#77) de esta ley (Original del texto que se cita).

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 aún cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-19)
20. En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: “[…] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. […] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oído previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación.” Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011,CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-20)
21. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica  (Argentina)*,* 2008, v.67 p.33 – 83 (Original del texto que se cita). [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223. [↑](#footnote-ref-22)
23. *“ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.*

*Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. *“ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.*

*La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Esta afirmación se sustenta, además, en el artículo 1602 del Código Civil, el cual dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”(Original del fallo que se cita). [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008; Exp. 17.009. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 20 de 2005, Expediente 14.579. [↑](#footnote-ref-27)
28. Original de la Sentencia en cita: Artículo 365 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cita original. Artículo 72 ibídem. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cita original. Artículo 73 ibídem. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, Expediente 19.446. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 14.581, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp. 24.639, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936, entre otras. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21.574. [↑](#footnote-ref-34)
35. Al respeto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2005, Exp. 25.765; Sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 14.581, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Exp. 24.639, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 26.869; Sentencia del 3 de septiembre de 2015, Exp. 38.100entre otras. [↑](#footnote-ref-35)