**MULTAS - Ley 1150 de 2007 - Juez del contrato - Competencia - Exclusividad**

En efecto, las partes pactaron en la cláusula décima los supuestos que daban lugar a la imposición de multas, ya por mora o por incumplimiento de las obligaciones del contratista. A su vez en la cláusula decimosegunda se facultó a la entidad para que mediante acto administrativo multara al contratista. Cabe recalcar que el contrato fue suscrito el 29 de julio de 2004 y la multa impuesta el 17 de mayo de 2005, esto es, luego de la expedición de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007. (…) En ese tránsito legal las partes podían pactar cláusulas de multas, pero en modo alguno ello facultaba a la entidad para hacerlas efectivas directamente, era preciso acudir al juez del contrato. El pacto de multas en el contrato no asignaba *per se* la declaratoria e imposición por parte de la entidad contratante y en contra de la contratista, puesto que con la Ley 80 de 1993 “*desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato*”. (…) En consideración a la postura sentada, la Sala advierte que la entidad estatal carecía de competencia para imponer mediante acto administrativo sanción de multa por mora o incumplimiento del contratista, sin perjuicio del pacto de algún tipo de sanción pecuniaria por el incumplimiento contractual y de su imposición a cargo del juez del contrato por solicitud de la parte cumplida.

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Contratos - Límite - Principio de legalidad**

Por tanto, el municipio carecía de competencia para imponer multas, sin importar que las partes hayan pactado esa facultad unilateral en cabeza de la entidad. La autonomía de la voluntad no puede soslayar el principio de legalidad, toda disposición contractual debe estar acorde con las normas de orden público, principalmente aquellas relacionadas con la competencia, así lo precisó la Sala en anterior oportunidad:[…] No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente[…].

****

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B**

**Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Proceso número: 05001-23-31-000-2007-00005-01(**44210**)

Demandante: Salamanca Alimentación Industrial S.A.

Demandado: Municipio de Medellín

Acción: Controversias contractuales

*Temas: Falta de competencia de las autoridades públicas para imponer multas en vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de su modificación por la Ley 1150 de 2007.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 7 de diciembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demanda (fl. 394-400, c. ppal.).

**SÍNTESIS**

El municipio de Medellín multó a Salamanca Alimentación Industrial S.A. por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; sin embargo, la entidad carecía de competencia para ello, puesto que la Ley 80 de 1993, antes de su modificación por la Ley 1150 de 2007, no le otorgaba dicha prerrogativa.

**ANTECEDENTES**

1. **La demanda**
2. El 19 de diciembre de 2006 (fl. 17, c. ppal.), Salamanca Alimentación Industrial S.A. (Salamanca S.A.), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del municipio de Medellín (fl. 1-17, c. ppal.).
	1. **Las pretensiones**
3. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fl. 2, c. ppal.):

*PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resoluciones (sic) 16 del 17 de mayo de 2005, por medio de la cual se declaró el incumplimiento e impuso multa a Salamanca Alimentación Industrial S.A. y se le impuso una multa de (sic) por valor de $1.991.389, además de haberse adoptado otras decisiones complementarias. Adicionalmente se declarará la nulidad de la resolución 23 del 9 de junio de 2005, mediante la cual se confirmó lo dispuesto en la resolución 16 del 17 de mayo de 2005. Ambas resoluciones fueron proferidas por la Secretaria de Solidaridad del municipio de Medellín.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior petición, se ordene al municipio de Medellín devolver a Salamanca Alimentación Industrial S.A. la suma de $1.991.389 debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha de la ejecutoria de la resolución (9 de junio de 2005) y la fecha de la sentencia, más los intereses moratorios causados entre esa fecha y la fecha de la devolución efectiva de la misma.*

*TERCERA: Que además se ordene al municipio de Medellín que por cuenta suya se publique por dos veces en el mismo medio de amplia circulación en el cual se publicó la sanción y en el Diario Oficial, la sentencia mediante la cual se decrete la nulidad de las dos resoluciones. Igualmente se comunicará la sentencia a la y (sic) a la Cámara de Comercio respectiva.*

*CUARTA: Que adicionalmente a la devolución solicitada en la segunda petición, se condene al municipio de Medellín a pagar por concepto de indemnización a Salamanca Alimentación Industrial S.A. la suma de $521.013.268 por concepto de lucro cesante ocasionado por las oportunidades que perdió en licitaciones públicas en las cuales fue tenida en cuenta la multa impuesta por el municipio de Medellín como factor de evaluación de su propuesta.*

*QUINTA: Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.*

* 1. **Los hechos**
1. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fl. 2-4, c. ppal.):
	1. El 29 de julio de 2004, previo proceso licitatorio, las partes suscribieron el contrato n.° 4700008816, por valor de $1.991.389.125, para el servicio especializado de atención alimentaria, nutricional y de apoyo social a estudiantes de Medellín.
	2. El 17 de mayo de 2005, a través de resolución n.° 16, la entidad impuso a la contratista multa por $1.991.389 debido al incumplimiento en la prestación del servicio en algunos planteles educativos.
	3. El 9 de junio de 2005, con resolución n.° 23, el municipio desestimó el recurso de reposición que promovió la contratista en contra de la anterior decisión.
	4. **Los fundamentos de derecho y el concepto de su violación**
2. La actora indicó que el ente territorial desconoció los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política y los artículos 2 y 14 de la Ley 80 de 1993, por: “*incompetencia*” y “*falsa motivación por haberse fundamentado la decisión en facultades que no se tenían*”, toda vez que la entidad desconoció el debido proceso cuando impuso una multa sin tener competencia para ello. El actual estatuto de contratación no prevé la posibilidad de multar al contratista por incumplimientos.
3. **La contestación de la demanda**
4. El municipio de Medellín (fl. 138-159, c. ppal.) precisó que los artículos 4, 14 y 22 de la Ley 80 de 1993 le otorgan competencia a la administración para multar al contratista incumplido y el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 permite el pacto de cláusulas en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Precisamente en virtud de esa prerrogativa se incluyó en el contrato una cláusula de multas en caso de incumplimiento. Además, propuso las siguientes excepciones:
	1. “*Pleito pendiente entre las partes*”, dado que en el proceso con radicado n.° 2007-00534-00 se promovieron las mismas pretensiones y hechos, por lo que debía esperarse la decisión que ahí se adopte.
	2. “*Inexistencia de la obligación de indemnizar*”, “observancia del pliego de condiciones y la ley contractual” e “ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción”, toda vez que la contratista no puede reclamar en el *sub lite* los perjuicios ocasionados en otros procesos licitatorios.

**SENTENCIA APELADA**

1. El *a quo* desechó la excepción de pleito pendiente –ninguna mención hizo del resto–, dado que “*la misma no aparece probada en el proceso. Por tal razón, y atendiendo el sentido de la decisión, se declarará no probada*” (fl. 400, c. ppal.).
	1. El tribunal negó las pretensiones de la demanda, para ello aclaró que la administración sí podía imponer multas en virtud de la potestad de autotutela declarativa prevista en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. A su juicio, la expedición de los actos administrativos sancionatorios comportaba el ejercicio de poderes excepcionales, competencia que debía ejercerse con apego al debido proceso y en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

**III. SEGUNDA INSTANCIA**

1. **El recurso de apelación**
2. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación (fl. 402-406, c. ppal.). Advirtió que el *a quo* pasó por alto que la Ley 80 de 1993 en ningún aparte otorgó competencia a las entidades para imponer multas, por lo que los actos enjuiciados debieron anularse pues fueron expedidos sin competencia.

1. **Los alegatos de conclusión**
2. La parte demandante (fl. 415-419, c. ppal.) reprodujo las razones expuestas en su recurso de apelación y con base en estas solicitó la revocatoria del fallo de primer grado[[1]](#footnote-1).

**IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **Presupuestos procesales**
	1. **Jurisdicción, competencia y acción procedente**
2. Como en el presente asunto funge como parte el municipio de Medellín, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[2]](#footnote-2).
3. De otro lado, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prescribe que la **acción procedente**, para adelantar el juicio de legalidad de los actos censurados, es la de controversias contractuales.
	1. **La legitimación en la causa**
4. Las partes se encuentran legitimadas por activa y por pasiva, toda vez que son los extremos de la relación contractual y del acto administrativo cuestionado.
	1. **La caducidad**
5. La resolución n.° 16 del 17 de mayo de 2005 –que resolvió el recurso de reposición–, se notificó personalmente el 9 de junio de 2005 (fl. 393, c. ppal.), por tanto, la demanda promovida el 19 de diciembre de 2006 (fl. 17, c. ppal.), lo fue dentro de los dos años de que trata el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.
6. **El problema jurídico**
7. La Sala debe verificar si el *a quo* erró cuando sostuvo que el municipio de Medellín tenía competencia para imponer multas por incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato.
8. **Los hechos probados**
9. Los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados[[3]](#footnote-3), de los que se advierten los siguientes hechos que interesan al proceso:
	1. El 29 de julio de 2004, el municipio de Medellín y Salamanca Alimentación Industrial S.A. suscribieron el contrato n.° 4700008816 con, entre otras, las siguientes cláusulas (fl. 21-27, c. ppal.):

*PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. Por este contrato el contratista se compromete para con el municipio de Medellín, a prestar el servicio especializado de atención alimentaria, nutricional y de apoyo social, para propender por la seguridad alimentaria y nutricional de los escolares de la ciudad de Medellín, en la modalidad desayuno preparado para las zonas de la Candelaria y América, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el contratista y aceptada por el municipio de Medellín, lo cual hace parte integral del presente contrato.*

*SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato asciende a la suma de mil novecientos noventa y un millones trescientos ochenta y nueve mil ciento veinticinco pesos M.L. ($1.991.389.125). (…)*

*DÉCIMA: MULTAS. En caso de que el contratista incurra en mora o incumplimiento parcial de las obligaciones adquiridas por el presente contrato, se acuerdan multas, las cuales deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra el municipio, sin exceder del cinco por mil (5x1000) del valor total del contrato cada vez que se impongan.*

*PARÁGRAFO. Si el contratista incurre en una de las causales de multa, este autoriza al municipio para descontar el valor de la misma, la cual se tomará directamente de cualquier suma que se le adeude al contratista, sin perjuicio de hacer efectiva la cláusula penal o la garantía de cumplimiento del contrato.*

*Si posteriormente el contratista acredita la existencia de situaciones que lo exoneren de responsabilidad y estas son aceptadas por el municipio, habrá lugar a la entrega al contratista de los dineros deducidos. Los dineros que deben ser entregados al contratista, serán reajustados anualmente en un porcentaje igual a la meta de inflación fijada por el Gobierno Nacional para el año en que se proceda a la devolución. (…)*

*DUODÉCIMA: APLICACIÓN DE LA MULTA Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. Los valores de las multas y de la cláusula penal a que se refieren los artículos anteriores serán impuestos por el Alcalde mediante resolución motivada, contra la cual procede el recurso de reposición. Una vez ejecutados los actos administrativos que los impongan, dichos valores podrán ser tomados del saldo a favor del contratista, o de las garantías constituidas.*

* 1. El 17 de mayo de 2005, con resolución n.° 16, el municipio impuso al contratista una multa de $1.991.389 por la calidad de los alimentos suministrados, así (fl. 379, c. ppal.):

[E]*l incumplimiento y los perjuicios ocasionados con la falta de calidad de los productos al haberse desarrollado el contrato de forma anormal, toda vez que se presentó contaminación e intoxicación de los escolares, y algunos fueron remitidos al centro de salud para su atención. Asimismo, se vio interrumpido el normal desarrollo de las actividades educativas para los menores; la calidad del servicio prestado por el contratista fue afectada (sic), la calidad de los productos suministrados por este no eran aptos para el consumo humano; al igual que la salud de los menores se vio comprometida, lo que permite entonces tasar la multa de acuerdo con la cláusula décima del contrato en el uno por mil (1x1000) del valor total del contrato, equivalente a la suma de un millón novecientos noventa y un mil trescientos ochenta y nueve pesos m.l. ($1.991.389) sin perjuicio de la aplicación de nuevas multas en caso de nuevos incumplimientos.*

* 1. El 9 de junio de 2005, a través de resolución n.° 23, la entidad desató desfavorablemente el recurso de reposición promovido por la contratista en contra de la anterior decisión, por lo que sigue (fl. 392, c. ppal.):

[L]*os exámenes microbiológicos practicados a los productos suministrados, y en especial a los hechos ocurridos el 11 de febrero de 2005, donde resultaron afectados varios de los menores escolares, se observa con mediana claridad una omisión del contratista respecto al control de los alimentos, generando con ello interrupción en las actividades académicas de los menores y desmejorándose la alimentación de los mismos, colocándose en riesgo su salud y alimentación equilibrada, dada la contaminación del producto como es el moho, lo que se traduce en un incumplimiento del contratista respecto de las obligaciones derivadas del contrato 4700008816 de 2004, independiente que la población beneficiada haya recibido algún tratamiento u hospitalización.*

1. **La cuestión de fondo**
2. Verificados los antecedentes fácticos, se precisa que el contrato suscrito por las partes el 29 de julio de 2004 está sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993, pues respecto de este no se verifica la aplicación de alguna excepción. Así, la Sala pasa a pronunciarse sobre los puntos objeto de apelación.
	1. **La competencia de la entidad para imponer multas**
3. La apelante sostuvo que el *a quo* debió anular los actos acusados, puesto que el municipio de Medellín carecía de competencia para imponer multas; afirmación que comparte la Sala.
	1. En efecto, las partes pactaron en la cláusula décima los supuestos que daban lugar a la imposición de multas, ya por mora o por incumplimiento de las obligaciones del contratista. A su vez en la cláusula decimosegunda se facultó a la entidad para que mediante acto administrativo multara al contratista. Cabe recalcar que el contrato fue suscrito el 29 de julio de 2004 y la multa impuesta el 17 de mayo de 2005, esto es, luego de la expedición de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007.
	2. En ese tránsito legal las partes podían pactar cláusulas de multas, pero en modo alguno ello facultaba a la entidad para hacerlas efectivas directamente, era preciso acudir al juez del contrato[[4]](#footnote-4). El pacto de multas en el contrato no asignaba *per se* la declaratoria e imposición por parte de la entidad contratante y en contra de la contratista, puesto que con la Ley 80 de 1993 “*desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato*”[[5]](#footnote-5).
	3. Por tanto, el municipio carecía de competencia para imponer multas, sin importar que las partes hayan pactado esa facultad unilateral en cabeza de la entidad. La autonomía de la voluntad no puede soslayar el principio de legalidad, toda disposición contractual debe estar acorde con las normas de orden público, principalmente aquellas relacionadas con la competencia, así lo precisó la Sala en anterior oportunidad[[6]](#footnote-6):

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998[[7]](#footnote-7) y del 20 de junio de 2002[[8]](#footnote-8), pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.*

* 1. En consideración a la postura sentada, la Sala advierte que la entidad estatal carecía de competencia para imponer mediante acto administrativo sanción de multa por mora o incumplimiento del contratista, sin perjuicio del pacto de algún tipo de sanción pecuniaria por el incumplimiento contractual y de su imposición a cargo del juez del contrato por solicitud de la parte cumplida.
1. Por lo expuesto, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia para declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados porque fueron expedidos sin competencia.
	1. **La liquidación de perjuicios**
2. En punto a la **devolución del valor de la multa**, no se encuentra acreditado que la demandante haya cancelado alguna suma por este concepto, razón por la cual no hay lugar a ordenar su devolución y solo habrá de indicarse que la sociedad no está obligada a sufragar la multa. Además, tampoco se reconocerá el pago de intereses, puesto que la pretendida obligación de reintegrar el dinero, a más que no se dio, surgiría de esta sentencia; por la nulidad del acto es que la entidad adquiriría la calidad de deudora, antes no es posible predicar la existencia y exigibilidad de ninguna obligación a cargo de la administración que dé lugar al pago de intereses moratorios, tal como lo precisó la Sala en anterior oportunidad[[9]](#footnote-9):

*La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones:*

*i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada.*

*ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS.*

*iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución.*

*iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia[[10]](#footnote-10). En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.*

1. Respecto a la **publicación de la sentencia** en medios de amplía circulación, en el Diario Oficial y comunicarla a la respectiva Cámara de Comercio, la Sala advierte que la publicidad de los fallos se agota con las ritualidades previstas en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, sin que estén probadas circunstancias especiales que ameriten algo diferente. Además, la parte actora ni siquiera acreditó, de un lado, que la multa haya tenido la difusión que pretende sea contrarrestada y, de otro lado, los perjuicios que a su juicio ello le generó.
2. De cara a la **disminución de puntos** en procesos licitatorios por motivo de la multa, la actora indicó que, a pesar de tener el mejor puntaje, la sanción le impidió ser la adjudicataria de la licitación n.° 70001367 de 2006, por cuanto le restaron cinco puntos y ello impidió que obtuviera $521.013.268 de ganancias[[11]](#footnote-11). Sobre el particular, la Sala tiene que:
	1. El 6 de enero de 2006, con resolución 7, el municipio de Medellín ordenó la apertura de la licitación pública n.° 70001367 para contratar el servicio especializado de atención alimentaria nutricional y apoyo social, para propender por la seguridad alimentaria y nutricional de los escolares, de la primera infancia y de las mujeres gestantes de la ciudad de Medellín.
	2. La licitación se dividió en diecisiete *ítems*, respecto de los cuales el pliego de condiciones previó la posibilidad de presentar una oferta básica y varias opcionales, así (fl. 261, c. ppal.):

*Oferta básica: cada proponente hará una oferta para un único ítem de los propuestos.*

*Ofertas opcionales: cada proponente podrá presentar opciones de oferta para cualquiera de los demás ítems, las cuales solo serán evaluadas si se presentan una de las siguientes situaciones:*

*- No hay oferentes.*

*- Los oferentes básicos no cumplen la totalidad de requerimientos.*

* 1. El pliego de condiciones previó la disminución de puntos si el proponente registraba multas, conforme los siguientes parámetros (fl. 302, c. ppal.):

*4. Certificación de no sanciones o incumplimiento.*

*El proponente deberá presentar una certificación expedida por el representante legal, en caso de que le hayan impuesto sanciones durante los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso, señalando el acto administrativo debidamente ejecutoriado.*

*En caso de que haya sido objeto de declaratorias de incumplimiento o de multas contractuales, por actos administrativos en firme, deberá certificarlo.*

*Si de acuerdo con la certificación suscrita por el representante legal, el proponente ha sido objeto de declaratorias de incumplimiento o de multas contractuales, por actos administrativos en firme, durante los cinco (5) últimos años, anteriores al cierre de la Licitación, se le restarán puntos al puntaje total de la evaluación, así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***DE*** | ***A*** | ***PUNTOS*** |
| *Febrero/2006* | *Febrero/2005* | *10* |
| *Febrero/2005* | *Febrero/2003* | *5* |
| *Febrero/2003* | *Febrero/2001* | *1* |

*Si el proponente no aporta dicho certificado la Administración presumirá de la buena fe y entenderá que no se le han impuesto sanciones, declaratorias de incumplimiento, multas y demás.*

* 1. La demandante presentó su oferta básica para el *ítem* n.° 3[[12]](#footnote-12) –al igual que el consorcio Gómez Zuluaga– y una oferta opcional para el ítem n.° 1[[13]](#footnote-13), según se puede leer en el acto de adjudicación (fl. 257, c. ppal.) –la propuesta no reposa en el plenario–.
	2. El informe final de evaluación dictaminó lo siguiente respecto de las propuestas recibidas (fl. 287, c. ppal.):

|  |
| --- |
| **Ítem n.° 1** |
| Proponentes | Verificación | Evaluación |
| Jurídica | Técnica | Precio | Exper. | Cap. Técnica | Finan-ciera | Puntaje total |
| Internacional de negocios | Cumple | Cumple | Se elimina del proceso de selección  | - |
| Salamanca S.A. | Cumple | Cumple | 51 | 25 | 15 | 9 | 95 (- 5 por sanciones) |

|  |
| --- |
| **Ítem n.° 3** |
| Proponentes | Verificación | Evaluación |
| Jurídica | Técnica | Precio | Exper. | Cap. Técnica | Finan-ciera | Puntaje total |
| Salamanca S.A. | Cumple | Cumple | 51 | 25 | 14 | 9 | 94 (- 5 por sanciones) |
| Consorcio Gómez & Zuluaga | Cumple | Cumple | 51 | 20,5 | 15 | 9 | 95,5 |

* 1. El 17 de marzo de 2006, se adjudicó la licitación conforme al informe final de evaluación, así: *ítem* n.° 1 a Salamanca Alimentación Industrial S.A. e *ítem* n.° 3 al Consorcio Gómez Zuluaga (fl. 256-262, c. ppal.).
1. Visto lo anterior, la Sala advierte que no está acreditado el supuesto de hecho que sustenta la cuarta pretensión de la actora. La demandante ni siquiera probó que la multa que aquí se anula fue la que produjo la disminución de puntos. En ningún aparte del informe de evaluación ni del acto de adjudicación se consignó qué sanción provocó la reducción del puntaje. La Sala recuerda que la multa que aquí interesa es del 17 de mayo de 2005, confirmada el 9 de junio de 2005, por lo que, según el pliego de condiciones –multa impuesta entre febrero de 2005 a febrero de 2006–, debió restarle diez puntos y no cinco; situación que desdice la afirmación de la actora, según la cual los actos anulados fueron el origen de la disminución.

1. Asimismo, la anulación de este acto no tiene *per se* la capacidad de brindar la reparación pretendida por la contratista. La fuente del daño cuya reparación reclama es el acto de adjudicación, por cuanto ahí se definió la situación que considera contraria a derecho, esto es, la no adjudicación del *ítem* n.° 3 –de mayor valor que el ítem n.° 1–.
	1. Así, se encuentra que con la multa nunca se definió la no adjudicación, se limitó a sancionar el incumplimiento de la contratista. Entonces, la multa como supuesto hecho antecedente a la adjudicación, no creó, modificó o extinguió situación jurídica alguna a la demandante en relación con procesos de selección; ciertamente fue la resolución de adjudicación la que tuvo el efecto negativo, por ende, para poder obtener la reparación reclamada en la cuarta pretensión era indispensable atacar la legalidad del acto de adjudicación, situación que aquí no se dio, por lo que habrá de negarse la cuarta pretensión.
2. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**REVOCAR** la sentencia del 7 de diciembre de 2011 del Tribunal Administrativo Antioquia que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva. En su lugar:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la resolución n.° 16 del 17 de mayo de 2005, mediante la cual el municipio de Medellín impuso una multa a Salamanca Alimentación Industrial S.A. por incumplimiento del contrato n.° 4700008816 del 29 de julio de 2004 y de la resolución n.° 23 del 9 de junio de 2005, a través de la cual el municipio de Medellín desestimó el recurso de reposición promovido en contra de la anterior decisión.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que Salamanca Alimentación Industrial S.A. no está obligada a sufragar el valor de la multa impuesta en las resoluciones anuladas.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

|  |  |
| --- | --- |
| **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ** | **ALBERTO MONTAÑA PLATA** |
| Magistrado | Magistrado |

1. La parte demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal. [↑](#footnote-ref-1)
2. La cuantía del proceso asciende a $521.013.268, según las pretensiones incoadas, por tanto, es claro que excede el monto exigido para que el proceso tenga vocación de doble instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre el valor probatorio de las copias simples, véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro y Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. La Sala precisó: “[C]*uando quiera habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En igual sentido, véase: Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-6)
7. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 1998, exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-7)
8. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 27391, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, exp. 24306, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13792, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. [cita original del texto] MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil. Parte general,* 9 ed., Editorial ABC, Bogotá, 1985, p. 496. [↑](#footnote-ref-10)
11. La actora en su demanda expuso: “[E]*n la licitación pública n.° 70001367 de 2006 donde se pretendía la adjudicación del ‘Servicio Especializado de Atención Alimentaria Nutricional y Apoyo Social, para propender por la Seguridad Alimentaria y Nutricional de los Escolares, de la primera Infancia y de las Mujeres Gestantes de la ciudad de Medellín’. Gracias a las multas que el municipio de Medellín impuso a la demandante durante la ejecución del contrato n.° 4700008816 de 29 de julio de 2004, la adjudicación de la nueva licitación no resultó favorable a los intereses pretendidos por Salamanca aunque presentaran la mejor propuesta, debido a que el Municipio al momento de realizar la calificación de las propuestas, disminuyó la puntación obtenida por Salamanca en virtud de las citadas multas, restándole 5 puntos, poniendo su propuesta por debajo de otras; en caso de no haber existido la multa la propuesta de Salamanca Alimentación Industrial S.A. hubiera resultado ganadora. // La imposición de multas por parte del municipio, no obstante su incompetencia, generó diversos efectos que se extendieron hasta la discriminación para la adjudicación de un nuevo contrato con la administración. De habérsele adjudicado el nuevo contrato a la demandante, las utilidades que hubiera percibido, ascenderían a la suma de $521.013.268*” (fl. 8-9, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-11)
12. El ítem n.° 3 correspondía a almuerzos para la zona n.° 1 y n.° 3 por valor de $5.116.496.196 (fl. 256, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-12)
13. El ítem n.° 1 correspondía a desayunos para la zona n.° 1 y n.° 3 por valor de $2.360.443.983 (fl. 256, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-13)