

CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL – Competencia – Multas

En relación con la facultad de las entidades estatales de pactar la cláusula de multas en sus contratos y de imponerlas unilateralmente y deducirlas de los saldos a favor del contratista, en vigencia del antiguo estatuto de contratación de la administración pública no cabía duda alguna sobre tal posibilidad, pues el Decreto-Ley 222 de 1983 consagraba de manera expresa, entre las cláusulas obligatorias en los contratos regidos por sus disposiciones, la de multas, estableciendo – art. 71- que las entidades debían incluir en los contratos «la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial» mediante acto administrativo debidamente motivado, así como la posibilidad de tomar el valor de las mismas directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida o de efectuar su cobro coactivo –art. 73-. No obstante, con la expedición de la Ley 80 de 1993 surgió el debate sobre la supervivencia de la facultad de imposición unilateral de multas por parte de las entidades estatales sujetas a sus disposiciones, puesto que, a diferencia del Decreto-Ley 222, la nueva ley no contiene disposición alguna que en forma expresa se refiera a esta posibilidad y en cambio en su artículo 14 consagra como facultades excepcionales, exclusivamente, las de i) declaratoria de caducidad del contrato, ii) modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato y iii) el sometimiento a las leyes nacionales. En un momento dado, la jurisprudencia consideró que era procedente la estipulación de la cláusula de multas en los contratos estatales, así como su imposición unilateral por parte de la administración y la deducción de su monto de cualquier suma que se le adeudare al contratista.

MULTA – Contratista

La Sala, al revisar nuevamente el tema de la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, llegó a la conclusión de que, en realidad, la ley no le había atribuido esa competencia y por lo tanto, si bien en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes podían pactarlas en el contrato, no era procedente estipular la facultad unilateral de la entidad para imponer dicha sanción y descontar su monto del saldo a favor del contratista, toda vez que las actuaciones de las autoridades estatales deben estar expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y ellas sólo pueden obrar dentro de los límites de la competencia así otorgada; en consecuencia, la entidad contratante carecía de la facultad de imponerlas unilateralmente y en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones por parte del contratista, debía acudir al juez del contrato para que fuera éste quien estableciera la existencia y extensión de tal incumplimiento así como la procedencia de la sanción pecuniaria que se debiera imponer. [...] Con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007, «por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos», el legislador revivió la competencia de las entidades estatales sujetas a las normas de contratación de la Ley 80 de 1993, para imponer unilateralmente aquellas multas que sean pactadas en los contratos estatales, previo un procedimiento que garantice el derecho de audiencia y de defensa del contratista y para descontarlas directamente de los saldos a favor de éste o efectuar su cobro a través de la efectividad de la respectiva garantía de cumplimiento o coactivamente.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Contrato

En relación con la cláusula penal pecuniaria, la posibilidad de pactarla en los contratos y la facultad de las entidades de declarar el incumplimiento para proceder a su cobro, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al igual que lo hizo frente a las multas, les otorgó expresamente a aquellas la competencia para tomar dicha decisión a través de un acto administrativo, en aquellos casos en los que se hubiera pactado dicha cláusula en el contrato; y de la misma manera, le imprimió un efecto retrospectivo a la disposición, para permitirle en aquellos contratos ya celebrados a la entrada en vigencia de la norma, en los que las partes hubieren pactado tales cláusulas.

CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Noción

La caducidad del contrato consiste en su terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante a través de acto administrativo, cuando quiera que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, que permita advertir que el objeto del contrato no se logrará en los términos pactados, es decir que actualmente, la única causal que permite tomar esta clase de decisión, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, es el incumplimiento contractual.

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD – Efectos – Facultad

Este mecanismo de terminación anormal del contrato, conlleva varias consecuencias: 1. La extinción del vínculo contractual en el estado en que se encuentre, sin que ello implique derecho a indemnización alguna a favor del contratista. 2. La liquidación inmediata del negocio jurídico. 3. La efectividad de las multas que se hubieren impuesto y de la cláusula penal que se hubiere pactado. 4. La configuración del siniestro de incumplimiento, que permite el cobro de la respectiva garantía contractual. 5. La entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. 6. La declaratoria de caducidad del contrato, es constitutiva de causal de inhabilidad del contratista para celebrar contratos con entidades estatales durante 5 años –art. 8, literal c, Ley 80 de 1993-. Dado lo anterior, se ha considerado que la caducidad es la más grave sanción a la que se encuentra sujeto el contratista de la administración, cuando no cumple con sus obligaciones en debida forma y con su conducta amenaza con paralizar la ejecución contractual. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la finalidad primordial de esta decisión que el legislador le permite tomar a la administración frente al incumplimiento grave del contratista, no es propiamente sancionarlo, aunque de hecho lo haga, toda vez que su interés sigue fincado en la correcta ejecución del objeto contractual y en el logro de la finalidad que con él se persigue, siempre enfocada en garantizar el cumplimiento de las funciones estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y en últimas, en la satisfacción del interés general, razón por la cual, lo que se busca a través de la declaratoria de caducidad es liberar a la administración frente a su contratista incumplido, para permitirle tomar las medidas que considere necesarias, de cara a la obtención de la ejecución del objeto contractual, finalidad que justifica esta exorbitancia a favor de las entidades estatales en el ámbito de su contratación. Es por esta razón, precisamente, que sólo resulta procedente la declaratoria de caducidad cuando el contrato se halla vigente, pues tratándose de la terminación unilateral y anticipada del mismo, no tendría sentido tal declaratoria cuando el contrato ya ha terminado por otro medio, como lo es el vencimiento de su plazo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C, seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-14861-01(27593)

Actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

Demandado: LA NACIÓN - FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 17 de febrero de 2004, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo Rotatorio de la Policía celebró en 1995 un contrato de compraventa de 10 vehículos con la firma Autos y Camiones de Colombia S.A., en virtud del cual impuso una multa al contratista y luego terminó el contrato por incumplimiento del mismo, mediante acto administrativo en el cual además ordenó el cobro de la multa, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y su liquidación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 20 de agosto de 1997, a través de apoderado debidamente constituido, la sociedad Aseguradora Colseguros S.A. presentó demanda en contra de la Nación-Fondo Rotatorio de la Policía, cuyas pretensiones fueron (f. 5 a 27, c. 1):

B. DECLARACIONES

1. Que es nula la Resolución número 0246 del 14 de junio de 1996, mediante la cual el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA declaró el incumplimiento parcial del contrato 075 de 1995 e impuso multas sucesivas al contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.

2. Que es nula la Resolución número 0428 del 29 de agosto de 1996, mediante la cual se decide desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y se confirma en su totalidad la Resolución 0246 del 14 de junio de 1996.

3. Que es nula la Resolución número 0399 del 12 de agosto de 1996, mediante la cual el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA decide aplicar y hacer efectivo el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en el contrato 075 de 1995.

4. Que es nula la Resolución número 0583 del 25 de octubre de 1996, mediante la cual se decide desfavorablemente el recurso de reposición formulado por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. contra la Resolución número 0399 del 12 de agosto de 1996.

5. Que es nula la Resolución número 0713 proferida por el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA el 18 de diciembre de 1996, mediante la cual se decide liquidar unilateralmente el contrato 075 de 1995 suscrito con AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.

6. Que es nula la Resolución número 048 del 17 de febrero de 1997, mediante la cual el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA confirma la Resolución número 0713 de 1996.

7. Que se declare que el Fondo Rotatorio de la Policía incumplió las cláusulas del contrato número 075 de 1995, en especial en cuanto hace a la ilegal, irregular e indebida aplicación de sanciones, declaratoria de incumplimiento, caducidad e indebida aplicación de la cláusula décima quinta del contrato.

C. CONDENAS

1. Que se condene al FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA, a reintegrarle a ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., las sumas que ilegalmente se vea obligada a pagarle, por concepto de las pólizas de seguro a que se ha hecho mención en el curso de esta demanda.

2. Que se condene al FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA a pagar los intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 del Código de Comercio, causados desde la fecha en que los pagos se hubiesen realizado, hasta la fecha en que se abonen a mi mandante.

3. Que se condene al FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA a pagar a la compañía de seguros que represento los valores causados por perjuicios ocasionados como consecuencia del cobro de las sumas a que se hace referencia en esta demanda y que pretende ilegalmente la demandada, y que corresponden a costos por reservas para pagos de siniestro, incrementos en los costos de reaseguro, servicio de consultoría jurídica para la presentación y atención del trámite de los recursos ordinarios durante la vía gubernativa, costas y agencias en derecho causadas en el curso de este proceso, pólizas, gastos generales, etc., daños a la imagen comercial y demás perjuicios derivados de la actuación ilegal de la entidad demandada, perjuicios que se estiman en por lo menos veinticinco millones de pesos (\$25'000.000,00) m/cte.

4. Que se condene a la entidad demandada a cancelar en favor de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. los correspondientes valores sobre las anteriores sumas, por concepto de ajustes al valor de la moneda, por desvalorización (...).

2. La demandante expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones, que el Fondo Rotatorio de la Policía celebró con la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A. el contrato de compraventa n.º 075 de 1995, cuyo objeto fue la adquisición de 4 camionetas blindadas marca Ford Explorer y un carrotanque modelo F-7000 de la misma marca por valor de \$ 579 519 798, contrato respecto del cual la demandante, a solicitud del contratista, expidió la póliza única de seguro de cumplimiento para entidades estatales n.º 1161885-4 del 26 de septiembre de 1995. El plazo inicial de ejecución del contrato fue de 60 días calendario contados a partir del primer día hábil siguiente a la fecha de recibo del anticipo pactado y la vigencia del contrato en 150 días contados en la misma forma, plazos que fueron prorrogados en varias oportunidades, así como los respectivos amparos de la póliza.

2.1. El contratista hizo entrega parcial de 2 volquetas el 11 de diciembre de 1995 por valor de \$ 79 207 920,48, el 28 de diciembre siguiente hizo otra entrega parcial por valor de \$ 64 353 960 y otra, el 2 de enero de 1996 por valor de \$ 19 801 980,50.

2.2. El Fondo Rotatorio de la Policía expidió la resolución n.º 0246 del 14 de junio de 1996 por medio de la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato e impuso el valor de las multas pactadas en la cláusula décima primera por la suma de \$ 3 319 999,97 por 10 días calendario, por no haber sido entregadas las camionetas blindadas dentro del plazo acordado en el contrato adicional 2, es decir, antes del 30 de mayo de 1996. La aseguradora interpuso recurso de reposición en contra de esta decisión, que fue confirmada mediante resolución n.º 0428 del 29 de agosto de 1996.

2.3. El 12 de agosto de 1996, la entidad contratante expidió la resolución n.º 0399, por medio de la cual declaró el incumplimiento del contrato de compraventa, impuso y ordenó hacer efectiva la sanción penal pecuniaria pactada en la cláusula décima segunda por valor de \$ 57 951 979,80 y ordenó terminar y liquidar el contrato, decisión contra la cual el contratista y la aseguradora interpusieron recursos que fueron resueltos mediante la resolución n.º 0583 del 25 de octubre de 1996, que la confirmó.

2.4. El 18 de diciembre de 1996 la entidad profirió la resolución n.º 0713, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato incluyendo el valor de las multas impuestas y la cláusula penal pecuniaria, con un saldo a su favor de \$ 257 151 978, sin que la aseguradora hubiera sido citada a la liquidación, acto administrativo que fue confirmado mediante resolución n.º 048 del 17 de febrero de 1997.

2.5. La demandante adujo que con la expedición de los actos administrativos demandados se violaron los artículos 2, 4, 6, 29, 90 y 113 de la Constitución Política, los artículos 2, 3, 34, 35, 56, 57, 58 y 59 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 1602, 1603 y concordantes del Código Civil, los artículos 1072, 1077 y 1088 del C. de Co., los artículos 13, 18 y 68 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 57 de 1887.

2.6. Explicó que la entidad violó el debido proceso y el derecho de defensa de la Aseguradora, pues ante sus recursos en vía gubernativa, sin argumento jurídico alguno omitió la práctica de pruebas que habrían demostrado la falta de sustento jurídico y la falsa motivación de los actos administrativos impugnados; sostuvo que la entidad no estaba facultada ni tenía competencia para declarar el incumplimiento como lo hizo, sólo podía declarar la caducidad del contrato si se daban las condiciones para ello y sólo ésta era constitutiva del siniestro de incumplimiento, para la efectividad de la respectiva garantía; que la decisión de imponer la multa no fue temporalmente oportuna, pues expidió la resolución 0246 el 14 de junio de

1996 y el plazo para la ejecución del contrato finalizó el 30 de mayo de ese año y además, que no estuvo real y seriamente motivada, pues no se demostró que el incumplimiento fue por causas imputables al contratista.

2.7. Sostuvo que de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, la entidad no podía hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria unilateralmente, sino como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato; de lo contrario, tal y como sucede con las multas, debe acudir al juez, pues no puede imponerlas unilateralmente y al hacerlo actuó en forma ilegal y pretende obtener por este medio un beneficio improcedente, al cobrar a la aseguradora las sumas de dinero ordenadas en los actos administrativos.

II. Actuación procesal

3. La entidad pública demandada **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que a la demandante no le fue vulnerado el debido proceso ni el derecho de defensa, que las actuaciones que condujeron a la expedición de los actos administrativos demandados se adelantaron con cumplimiento de las normas y los principios legales que las informan y que se resolvieron los recursos interpuestos en su contra con base en las pruebas existentes en el expediente del contrato 075 de 1995.

3.1. Sostuvo que la administración sí tenía competencia para tomar las decisiones impugnadas, que fueron expedidas oportunamente, dentro de la vigencia del contrato.

3.2. Afirmó que en los actos administrativos no se desconoció que era necesario probar que el incumplimiento se había producido por causas imputables al contratista; que el contrato finalizó el 30 de mayo de 1996 sin que éste hubiera cumplido el objeto contractual y que la carga de la prueba

del cumplimiento del contrato le correspondía al contratista Autos y Camiones de Colombia S.A.

3.3. Manifestó que las multas no eran una facultad excepcional sino que estaban contempladas en las normas de derecho privado y podían ser pactadas libremente por las partes y además podía la administración imponerlas unilateralmente, en virtud de su prerrogativa natural o privilegio de la decisión previa y que varias normas legales contemplan esa posibilidad, tales como los artículos 22, inciso 5º y 22.1 de la Ley 80 de 1993, los artículos 83 y 85 de la Ley 104 de 1993 y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Propuso la excepción que denominó como falta absoluta de causa de las pretensiones del demandante, pues los hechos invocados no tienen fundamento jurídico y deben ser rechazados (f. 43, c. 1).

4. La sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., vinculada al proceso como litisconsorte de la parte demandante, presentó escrito en el cual coadyuvó las pretensiones de la parte actora, reiterando los argumentos expuestos en la misma, sobre falta de competencia de la entidad para imponer multas y para declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y sobre la extemporaneidad de la liquidación unilateral, pues a su juicio, el plazo para liquidar de común acuerdo el contrato era de 4 meses siguientes a la finalización del plazo del contrato, el cual se terminó el 30 de mayo de 1996 y otros dos meses para la liquidación unilateral, pero la entidad lo liquidó unilateralmente el 18 de diciembre de 1996, es decir 7 meses después de su terminación, desbordando la competencia temporal para adelantar ese procedimiento administrativo. Además, adujo la falsa motivación del acto que declaró el incumplimiento para el cobro de la cláusula penal pecuniaria, pues aquel en el que incurrió el contratista no fue total sino parcial y por lo tanto no podía aplicar la totalidad de la sanción pecuniaria sino que debía dosificarse en la medida del incumplimiento (f. 104, c. 1).

5. Corrido traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos expuestos en sus anteriores intervenciones (f. 156, 163 y 201, c. 1).

6. El 17 de febrero de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Sala de Descongestión, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual declaró no probada la excepción propuesta por la entidad demandada, al considerar que no se trata de un hecho encaminado a enervar las pretensiones sino que se limita a negar de los hechos y razones de derecho formulados en la demanda, por lo que debe ser objeto del análisis de fondo y negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no se probó ninguno de los cargos aducidos en contra de los actos administrativos demandados (f. 222, c. ppl).

6.1. El *a-quo* consideró que la entidad demandada tenía competencia para proferir los actos administrativos demandados, ya que las facultades excepcionales que en materia de contratación estatal consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son taxativas, pues existen otras, como la de liquidación unilateral; sostuvo que en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, la administración goza de privilegios de imposición como expresión del ejercicio del poder público, que el artículo 40 de dicha ley permite su estipulación y en el caso concreto, se sustentaron en las cláusulas décimo primera y décimo segunda del contrato 075; una vez incluidas las multas en el contrato, la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral. Por lo tanto, obró correctamente la entidad cuando al advertir el incumplimiento del contratista, procedió a imponer las multas y la cláusula penal pecuniaria.

6.2. En relación con la resolución n.º 0399 de 1996, estimó el *a-quo* que si bien la misma alude a la terminación del contrato y no a la declaratoria de caducidad del mismo, también se refiere específicamente al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula la cláusula de caducidad y en sus considerandos hace mención a la misma y al incumplimiento del contrato por el contratista, derivando de allí la imposición y efectividad de la cláusula

penal pecuniaria, lo que permite concluir que en realidad, la administración lo que quiso fue declarar la caducidad del contrato y esa voluntad no se puede desconocer por el simple tenor literal del acto administrativo.

6.3. Consideró que si bien la aseguradora interpuso recurso de reposición en contra de la resolución 0399 y pidió pruebas en él y que la entidad decidió el recurso sin pronunciarse antes sobre las mismas, ello no implicaba violación del debido proceso y el derecho de defensa, porque el artículo 56 del C.C.A establece que el recurso de reposición se resolverá de plano y además, las pruebas pedidas se encontraban en poder de la entidad contratante.

6.4. Finalmente, en relación con la liquidación del contrato, sostuvo que no era una actuación a la que la aseguradora que expidió la respectiva póliza de cumplimiento tuviera que ser convocada, puesto que no era parte del contrato y por ello, el hecho de que no hubiera sido citada, no le conculcó el derecho al debido proceso. Y por otra parte, que dicha liquidación no fue extemporánea, toda vez que la administración podía efectuarla dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación bilateral, que de acuerdo con el contrato debía llevarse a cabo dentro del mes siguiente a su finalización, que se produjo mediante resolución 0713 del 18 de diciembre de 1996, confirmada por resolución 048 del 17 de febrero de 1997, es decir que las partes tenían hasta el 18 de marzo de este año para liquidar bilateralmente el contrato y a partir de esta fecha, se contabilizaban los 2 años y dado que la liquidación unilateral se produjo el 18 de diciembre de 1996, lo fue dentro del término que tenía la entidad para hacerlo.

7. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual, sostuvo que era erróneo asimilar, como lo hizo el *a-quo*, la declaratoria de incumplimiento contractual con la declaratoria de caducidad del contrato, pues el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, dice que esta última es la *estipulación* por la cual la administración podrá dar por

terminado el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización (f. 252 a 259, c. ppl.).

7.1. Manifestó que la resolución 0246 del 14 de junio de 1996 fue expedida por fuera de la oportunidad legal para hacerlo, pues el plazo para la ejecución del contrato finalizó el 30 de mayo de 1996.

7.2. Reiteró que en los contratos de seguro expedidos para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, sólo la declaratoria de caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento y permite a la entidad probar la ocurrencia y cuantía del mismo, pues sólo así era procedente la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y en el presente caso, se declaró ilegalmente el incumplimiento, no la caducidad del contrato.

7.3. Insistió en la falta de competencia de la entidad para imponer multas unilateralmente a la luz de las normas de la Ley 80 de 1993 y en que fue ilegal la inclusión del valor de éstas y de la cláusula penal en el acto de liquidación unilateral.

8. La sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., también presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que expuso argumentos similares en relación con la falta de competencia de la entidad para proferir los actos administrativos demandados (f. 260, c. ppl).

9. Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado para presentar **alegatos de conclusión** en esta instancia, oportunidad dentro de la cual el Fondo Rotatorio de la Policía y la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., reiteraron las argumentaciones esgrimidas a lo largo de sus actuaciones procesales (f. 293 y 311 y 201, c. 1).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

10. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1997 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 13 460 000 y en el presente caso, la parte actora pidió la indemnización de perjuicios derivados del cobro de las sumas a que se refiere la demanda y que pretende ilegalmente la entidad demandada, en la suma de \$ 25 000 000 (f. 11, c. 1).

II. Hechos probados

11. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis¹:

11.1. El 26 de septiembre de 1995, el Fondo Rotatorio de la Policía celebró con la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., el contrato de compraventa n.º 075, cuyo objeto fue la adquisición de 10 vehículos: i) 4 camionetas blindadas marca Ford Explorer XLT modelo 95/96, ii) 1 carrotanque marca Ford, modelo F-7000 año de fabricación 1995/96 y iii) 5 volquetas marca Ford, modelo F-7000-1995, año de fabricación 1995/96, con las herramientas, instrumentos y accesorios, manuales y cursos de

¹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

capacitación respectivos, según la relación del anexo n.º 1 del contrato (cláusula primera), por un valor total de \$ 579 519 798,00 (cláusula quinta), pagaderos mediante la entrega de un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato y el saldo, contra las entregas parciales o totales que haga el contratista (cláusula sexta); el plazo de ejecución del contrato dentro del cual el contratista debía entregar la totalidad de los bienes adquiridos se pactó en 60 días calendario contados a partir del primer día hábil siguiente a la fecha de entrega del anticipo (cláusula octava) y la vigencia del contrato era de 150 días calendario contados en igual forma (cláusula novena); se acordó la garantía única de cumplimiento que debía constituir el contratista a favor de la entidad (cláusula décima), se pactó la facultad de la entidad para imponer, mediante resolución motivada, multas diarias sucesivas del 1% sobre el valor de los vehículos no entregados oportunamente y hasta por un término máximo de 10 días (cláusula décima primera), se incluyó la cláusula penal pecuniaria, la cual se haría efectiva en caso de declaratoria de caducidad o por incumplimiento del contratista, por un valor equivalente al 10% del valor del contrato (cláusula décima segunda), se pactó la cláusula de caducidad del contrato de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 (cláusula décima tercera), la prohibición de ceder el contrato sin autorización de la entidad contratante (cláusula décima quinta) y la liquidación del contrato de común acuerdo dentro del mes siguiente a su terminación por cualquier causa, vencido el cual lo haría la entidad unilateralmente (cláusula décima séptima) (f. 265 a 272, c. 3).

11.2. El 26 de septiembre de 1995, la Aseguradora Colseguros S.A., expidió la póliza única de seguro de cumplimiento para entidades estatales n.º 1161885 cuyo tomador fue la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A. y el asegurado, el Fondo Rotatorio de la Policía, cuyo objeto fue garantizar las obligaciones emanadas del contrato n.º 075, con vigencia desde el 28 de septiembre de 1995 hasta el 25 de febrero de 1996, el amparo del anticipo y hasta el 27 de marzo de 1996, el amparo de cumplimiento; el 30 de noviembre de 1995, se prorrogó el primero hasta el 25 de marzo de 1996 y el segundo, hasta el 24 de abril del mismo año y el 3 de enero de 1996 se

prorrogó nuevamente la vigencia respecto del amparo del anticipo hasta el 22 de agosto de 1996 y el de cumplimiento, hasta el 21 de septiembre del mismo año (f. 9, 11 y 23, c. 2; f. 62, 65 y 68, c. 3).

11.3. El 2 de octubre de 1995, le fue cancelado el anticipo al contratista (informe del tesorero principal de la entidad, f. 255, c. 3).

11.4. El 30 de noviembre de 1995, el director general del Fondo Rotatorio de la Policía envió oficio a la contratista en la que le recuerda que el plazo de ejecución del contrato vence el próximo 1º de diciembre de 1995; en esta misma fecha, se suscribió contrato adicional 1, en el cual se prorrogó el plazo de entrega hasta el 29 de diciembre de 1995, se acordó que la vigencia del contrato sería de 178 días calendario contados a partir de la fecha de entrega del anticipo y el contratista se comprometió a ajustar las garantías de acuerdo con dicha adición. La modificación del plazo fue solicitada por el contratista, alegando problemas de tipo cambiario que originaron demoras en el despacho de los vehículos (f. 127, c. 2, f. 242, 243 y 253, c. 3).

11.5. El 6 de diciembre de 1995, el almacenista de la entidad informa que el contratista no ha dado cumplimiento en la entrega de los bienes objeto del contrato 075 de 1995 (f. 251, c. 3).

11.6. El 11 de diciembre de 1995, se suscribió acta de recibo n.º 1384, correspondiente a 2 volquetas (f. 250, c. 3).

11.7. El 18 de diciembre de 1995, se le pagó al contratista la suma de \$39 256 557,00, por concepto del acta de recibo n.º 1384 (f. 240, c. 3).

11.8. El 27 de diciembre de 1995 el director de la entidad le recuerda al contratista que el plazo de entrega vence el día 29 siguiente y lo conmina a entregar los vehículos a tiempo para evitar sanciones (f. 246, c. 3).

11.9. El 28 de diciembre de 1995, el contratista entregó 2 volquetas y el carrotanque (acta de recepción 1422, f. 245, c. 3).

11.10. El 29 de diciembre de 1995, se le pagó al contratista la suma de \$64 789 452,00, por concepto del acta de recibo n.º 1422 (f. 230, c. 3).

11.11. Las partes suscribieron el contrato adicional n.º 2 del 29 de diciembre de 1995, mediante el cual se concedió al contratista como plazo límite para la entrega de los vehículos objeto del contrato, hasta el 30 de mayo de 1996, se estipuló la vigencia del contrato en 332 días, a partir de la fecha de entrega del anticipo y el contratista se comprometió a modificar la garantía de cumplimiento de acuerdo a esta adición (f. 128, c. 2 y f. 227, c. 3).

11.12. El 2 de enero de 1996, el contratista hizo entrega de una volqueta, según acta de recepción n.º 002 de esa fecha (f. 225, c. 3).

11.13. El 29 de enero de 1996, el jefe del grupo de contratos de la entidad informó a la oficina jurídica del incumplimiento parcial del contratista respecto del plazo del contrato para la entrega de 4 camionetas blindadas y una volqueta (f. 222, c. 3).

11.14. Con fundamento en el anterior informe, el director de la entidad conminó al contratista advirtiéndole de la procedencia de sanciones por el incumplimiento (f. 221, c. 3).

11.15. El 2 de febrero de 1996, se recibieron por el almacén de la entidad 2 volquetas entregadas por la firma Autos y Camiones de Colombia y el 7 de febrero siguiente se recibió un carrotanque (f. 218, 219 y 220, c. 3).

11.16. El 9 de mayo de 1996, el director de la entidad recuerda al contratista que el plazo de ejecución del contrato vence el 30 de mayo siguiente y le solicita cumplir con dicha fecha para evitar inconvenientes de carácter legal, advertencia que reitera el 29 de mayo del mismo año (f. 211 y 212, c. 3).

11.17. El 14 de junio de 1996, el director general del Fondo Rotatorio de la Policía expidió la resolución n.º 0246, por medio de la cual resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato 075 de 1996, imponer y hacer efectivas a favor de la entidad *“el valor de las multas pactadas en la cláusula Décima Primera del contrato No. 075 de 1995, por la suma de TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 70/100 (\$33'199.999.70) MCTE, como resultado de aplicar el uno por ciento (1%) del valor de las cuatro (4) camionetas blindadas (...) es decir la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 97/100 (\$3'319.999.97) MCTE, y por lapso de diez (10) días calendario”*, estableciendo que las sumas podían ser tomadas directamente de los saldos a favor del contratista y/o de las garantías constituidas. Se ordenó notificar la decisión al contratista y a la aseguradora. En las consideraciones de este acto administrativo, se manifestó que el carrotanque y las 5 volquetas marca Ford fueron entregadas dentro del plazo contractual pero no así las camionetas blindadas, que para el 30 de mayo de 1996, fecha de vencimiento del plazo de entrega, no lo habían sido por parte del contratista, quien incumplió parcialmente el contrato y de conformidad con la cláusula décima primera del contrato, resulta procedente la imposición de la multa (f. 24 y 133, c. 2).

11.18. Contra el anterior acto administrativo, la Aseguradora Colseguros S.A. interpuso recurso de reposición en el cual sostuvo que para que se entendieran realizados los riesgos amparados por la póliza de cumplimiento que los mismos se den por causas imputables al contratista, hecho que no aparecía demostrado en los considerandos de la resolución; además, en escrito de adición al recurso, alegó la falta de competencia de la entidad para imponer multas unilateralmente (f. 27 y 32, c. 2).

11.19. El Fondo Rotatorio de la Policía resolvió el recurso de reposición mediante resolución 0428 del 29 de agosto de 1996 confirmando la decisión impugnada, por considerar que el incumplimiento del contratista fue por causas que le eran imputables, pues vencido el plazo de entrega acordado en la segunda adición del contrato, que era el 30 de mayo de 1996, no había entregado todos los vehículos objeto del mismo. Rechazó el escrito de adición del recurso de reposición presentado por la Aseguradora Colseguros S.A., por no reunir los requisitos legales (f. 35 y 138, c. 2).

11.20. El 20 de junio de 1996, el almacenista general de la entidad informa al jefe del grupo de contratos que para esa fecha, el contratista, quien tenía hasta el 30 de mayo para entregar 4 camionetas blindadas objeto del contrato, no había dado cumplimiento a su obligación (f. 210, c. 3).

11.21. El 12 de agosto de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía a través de su director, expidió la resolución n.º 0399, por medio de la cual i) declaró el incumplimiento del contrato 075 de 1995, ii) impuso y ordenó hacer efectivo al contratista el valor de la sanción penal pecuniaria pactada, por la suma de \$ 57 951 979,80, que podría ser tomado directamente de los saldos a su favor o de las garantías constituidas, iii) terminó y ordenó la liquidación del contrato “(...) de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas contractuales, en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes (...)” y ordenó notificar la resolución al contratista y a la aseguradora. En la motivación de la decisión, la entidad expuso que ya había impuesto una

multa al contratista por incumplimiento parcial del contrato, que la cláusula décima segunda del mismo establecía que en caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento del contrato se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria por el equivalente al 10% del valor del contrato y que el contratista *“incumplió el contrato No. 075 de 1995, al no haber dado cumplimiento a las cláusulas contractuales y en consecuencia se deben aplicar las sanciones correspondientes”* (f. 39 y 143, c. 2).

11.22. La Aseguradora Colseguros S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, con fundamento en la falta de competencia de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, cuando ha debido acudir al juez del contrato para ello, pues carece de tal facultad exorbitante. Pero aún si hubiere lugar a tal declaración, no podría haberse realizado por la totalidad de las obligaciones del contrato, pues la misma entidad admitió que hubo cumplimiento parcial del contratista. Adujo además, que en el acto administrativo se estaba terminando unilateralmente el contrato por parte de la entidad, sin que existiera alguna de las circunstancias que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 contempla como justificativas de esta facultad excepcional. Finalmente, sostuvo que no había prueba del incumplimiento del contratista y que el mismo fuera por causas imputables a él (f. 41, c. 2).

11.23. Mediante resolución n.º 0583 del 25 de octubre de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante en contra de la resolución n.º 0399 del mismo año confirmándola (f. 46 y 148, c. 2).

11.24. El contrato 075 de 1995, fue liquidado unilateralmente mediante resolución n.º 0713 del 18 de diciembre de 1996, bajo la consideración de que a pesar de que la firma contratista fue citada para liquidarlo de común acuerdo, no concurrió y por cuanto había que dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18 y 61 de la Ley 80 de 1993. Dicha liquidación

incluyó un valor ejecutado del contrato de \$ 247 519 801, un valor pagado al contratista por \$ 413 519 799,50 por concepto de anticipo y actas pagadas, un valor a reintegrar a favor de la entidad por \$ 165 999 998,50, un valor a pagar a favor de la entidad por concepto de multas de \$ 33 199 999,70, un valor a pagar a favor de la entidad por concepto de cláusula penal pecuniaria equivalente a \$ 57 951 979,80, para un saldo total a favor de la entidad y a cargo del contratista, de \$ 257 151 978,00 (f. 49, c. 2).

11.25. La Aseguradora Colseguros S.A. impugnó el anterior acto administrativo ante la entidad, alegando cargos en contra de la declaratoria unilateral de incumplimiento y aduciendo que no fue citada para participar en la liquidación del contrato, con lo cual se le violó el debido proceso; el Fondo confirmó el acto administrativo impugnado mediante resolución n.º 048 del 17 de febrero de 1997 (f. 52 y 57, c. 2).

III. El problema jurídico

12. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer i) si la entidad demandada tenía competencia para imponer multas unilateralmente a su contratista, para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en la forma en que lo hizo y para liquidar unilateralmente el contrato y ii) si el acto administrativo de incumplimiento que profirió la demandada corresponde a la misma declaratoria de caducidad del contrato y si la misma fue oportuna o no.

IV. Análisis de la Sala

La imposición de multas

13. En relación con la facultad de las entidades estatales de pactar la cláusula de multas en sus contratos y de imponerlas unilateralmente y deducirlas de los saldos a favor del contratista, en vigencia del antiguo estatuto de contratación de la administración pública no cabía duda alguna sobre tal posibilidad, pues el Decreto-Ley 222 de 1983 consagraba de manera expresa, entre las cláusulas obligatorias en los contratos regidos por sus disposiciones, la de multas, estableciendo –art. 71- que las entidades debían incluir en los contratos “*la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial*” mediante acto administrativo debidamente motivado, así como la posibilidad de tomar el valor de las mismas directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida o de efectuar su cobro coactivo –art. 73-.

14. No obstante, con la expedición de la Ley 80 de 1993 surgió el debate sobre la supervivencia de la facultad de imposición unilateral de multas por parte de las entidades estatales sujetas a sus disposiciones, puesto que, a diferencia del Decreto-Ley 222, la nueva ley no contiene disposición alguna que en forma expresa se refiera a esta posibilidad y en cambio en su artículo 14 consagra como facultades excepcionales, exclusivamente, las de i) declaratoria de caducidad del contrato, ii) modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato y iii) el sometimiento a las leyes nacionales.

15. En un momento dado, la jurisprudencia consideró que era procedente la estipulación de la cláusula de multas en los contratos estatales, así como su imposición unilateral por parte de la administración y la deducción de su monto de cualquier suma que se le adeudare al contratista².

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, expediente 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

16. Explicó, en primer lugar, que la figura de las multas no resultaba ajena a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, ya que ella se refiere a dichas sanciones en varias de sus normas: en el artículo 4º, ord. 2º, al establecer que las entidades adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a que hubiere lugar; en el art. 22 num. 1º y art. 22 inc. 5º, relativos a i) la información que las entidades deben suministrar a las Cámaras de Comercio encargadas de llevar el registro único de proponentes sobre los contratos ejecutados, su cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto a los contratistas y ii) a las certificaciones que dichas Cámaras de Comercio expiden con fundamento en el referido registro, que deben incluir las multas y sanciones impuestas en los contratos estatales.

17. En segundo lugar, porque consideró que en realidad, la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y por eso no se incluyó en el art. 14 de la Ley 80. Tal facultad, aparece prevista en las normas de derecho privado, como lo es el artículo 1592 del CC, de conformidad con el cual las partes de un contrato pueden establecer la cláusula penal, definida como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*. Y el artículo 867 del C.Co., que dispone que *“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse...”*, de tal manera que era lícito que las partes del contrato estatal pactaran una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

18. En tercer lugar, la jurisprudencia estimó que la Administración podía, sin necesidad de acudir al juez, declarar el incumplimiento que da lugar a la imposición de la multa a través de un acto administrativo, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del Decreto-Ley 01

de 1984 a todos los actos administrativos, teniendo en cuenta que la misma Ley 80 dispone la aplicación, en las actuaciones contractuales, de las normas sobre procedimientos y actuaciones en la función administrativa consagradas en el Código Contencioso Administrativo –art. 77- así como de los principios del Derecho Administrativo –art. 23-, y que además, el estatuto de contratación les atribuye a las entidades estatales el poder de dirección y control de la ejecución del contrato, a través de las instrucciones, órdenes y sanciones que fueren necesarias, recordando además, que “[l]a *ejecutividad no es otra cosa que la facultad que tiene la Administración de modificar unilateralmente las situaciones jurídicas entre las que actúa, esto es, la autotutela declarativa*”.

19. Finalmente, estimó la Sala que no era necesaria la autorización del contratista para descontar el monto de la multa impuesta de cualquier suma que le adeudare, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del C.C., opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores.

20. No obstante, en providencia del año 2005, la Sala, al revisar nuevamente el tema de la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, llegó a la conclusión de que, en realidad, la ley no le había atribuido esa competencia y por lo tanto, si bien en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes podían pactarlas en el contrato, no era procedente estipular la facultad unilateral de la entidad para imponer dicha sanción y descontar su monto del saldo a favor del contratista, toda vez que las actuaciones de las autoridades estatales deben estar expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y ellas sólo pueden obrar dentro de los límites de la competencia así otorgada; en consecuencia, la entidad contratante carecía de la facultad de imponerlas unilateralmente y en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones por parte del contratista, debía acudir al juez del contrato para que fuera éste quien estableciera la existencia y extensión de tal incumplimiento así como la

procedencia de la sanción pecuniaria que se debiera imponer. Al respecto, dijo la Sala:

Según se observa, ni en ésta [se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993], ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998³ y del 20 de junio de 2002⁴, 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 unilateralmente⁵.

21. Ahora bien, con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007⁶, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, el legislador revivió la competencia de las entidades estatales sujetas a las normas de contratación de la Ley 80 de 1993, para imponer unilateralmente aquellas multas que sean pactadas en los contratos estatales, previo un procedimiento que garantice el derecho de audiencia y de defensa del contratista y para descontarlas directamente de los saldos a favor de éste o efectuar su cobro a través de la efectividad de la

³ [9] “Exp. 13988”.

⁴ [10] “Exp. 19488”.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en providencias posteriores, tales como la sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 21574, C.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar y sentencia del 14 de junio de 2012, expediente 22223, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶ Publicada en el Diario Oficial 46 691 del 16 de julio de 2007.

respectiva garantía de cumplimiento o coactivamente. El artículo 17 de dicha ley, dispone:

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

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

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

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

22. En relación con el efecto retrospectivo al que alude el párrafo transitorio, dijo la Sala:

(...) se advierte que en el párrafo transitorio del artículo 17 en comento, se le dio efectos retrospectivos a esta disposición, extendiéndolos a aquellos contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley –que lo fue el 16 de julio de 2007- en los cuales se hubiera pactado la cláusula de multas y la penal pecuniaria y se hubiere estipulado la facultad de la entidad contratante para imponer las sanciones unilateralmente.

21. No obstante, este efecto de la ley en el tiempo se traduce en la validez de las decisiones que la administración, con base en contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150, expida pero con posterioridad a la misma⁷, puesto que no se trata de convalidar decisiones ya tomadas cuando entró a regir la nueva norma, sino de permitir que en aquellos contratos que se estuviesen ejecutando cuando entró en vigor la disposición, en los que se hubiese estipulado la facultad de la entidad de imponer multas a su contratista, aquella pudiera efectivamente y en adelante, hacer uso de la misma, como lo permite ahora la ley para los nuevos contratos que se celebren⁸.

23. En el presente caso, se observa que en el contrato 075 de 1995 celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la sociedad Aseguradora Colseguros S.A., se pactó la posibilidad de la entidad contratante de imponer multas al contratista por la mora o el incumplimiento parcial de sus obligaciones, pero el acto administrativo mediante el cual se ejerció tal facultad es anterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007, lo que significa que para ese momento la administración carecía de competencia legal para imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato; *“(...) es decir que las decisiones se tomaron en una época en la cual, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, la administración carecía de competencia legal para proferir esta clase de actos y no podía unilateralmente, declarar el incumplimiento de su contratista para imponerle en forma directa la multa y tampoco podía descontarle de los saldos que hubiere a su favor, monto alguno por tal concepto ni proceder a efectuar cobros al contratista, con base en dicha decisión”*⁹.

24. De acuerdo con lo anterior, se advierte que las Resoluciones 0246 del 14 de junio y 0428 del 29 de agosto de 1996, están viciadas de nulidad por falta de competencia y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia, en la cual además se ordenará el reembolso de lo que la actora hubiere pagado por concepto de esta sanción ilegal con fundamento en la póliza de cumplimiento n.º 1161885 y sus prórrogas, expedida para garantizar el contrato de compraventa suscrito por la demandada con la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 21574, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de junio de 2012, expediente 22223, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ *Ibidem*.

sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., más intereses corrientes, como se explicará más adelante.

La declaratoria de incumplimiento del contrato

25. Como quedó visto, mediante las Resoluciones 0399 del 12 de agosto de 1996 y 0583 del 25 de octubre del mismo año, el Fondo Rotatorio de la Policía declaró el incumplimiento del contrato, ordenó su terminación y liquidación e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato. La demandante adujo la falta de competencia de la entidad para tomar esta decisión, por considerar que, a la luz de las normas de la Ley 80 de 1993, sólo era procedente la declaratoria de caducidad del contrato, más no la de incumplimiento. El Tribunal *a-quo*, por su parte, consideró que en realidad, mediante estos actos administrativos, lo que hizo la entidad fue caducar el contrato, así no lo hubiera expresado en esos precisos términos.

26. Al respecto, observa la Sala que también en relación con la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal contratante, se produjo un cambio con la expedición de la Ley 80 de 1993 y la correspondiente derogatoria del Decreto-Ley 222 de 1983, pues este último, consagraba tres distintas modalidades en las cuales la administración podía declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato a través de un acto administrativo, dependiendo de las circunstancias:

26.1. Durante la ejecución del contrato y encontrándose éste vigente, frente a la mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones por parte del contratista, podía la entidad imponer las multas pactadas, para constreñir al contratista al exacto cumplimiento y a la correcta ejecución de las prestaciones a su cargo¹⁰.

¹⁰Decreto-Ley 222 de 1983, artículo 71: "**De la cláusula sobre multas**- En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de

26.2. Durante el mismo periodo del numeral anterior, si se producía alguna de las causales para su procedencia, podía la administración declarar la caducidad del contrato y en tal caso, proceder al cobro de las multas impuestas y a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria¹¹. La caducidad del contrato, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección, consiste en la terminación anticipada del mismo por las causales establecidas en la ley para ello -que en la actualidad y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se limita al incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del

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. // En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula”.

¹¹ El artículo 61 del Decreto 222 establecía: ***De la obligación de pactar la caducidad-*** *La caducidad será de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito. No será obligatoria en los contratos interadministrativos”.* El artículo 62, consagraba como causales de caducidad del contrato, además de las especiales, previstas en este estatuto y de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, las siguientes: a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores. b) Incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico legista. c) La interdicción judicial del contratista. d) La disolución de la persona jurídica Contratista. e) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente. f) Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad. El artículo 63, estableció los efectos de la caducidad, en los siguientes términos: *“En la cláusula de caducidad se establecerán los efectos que la misma produce y las prestaciones a que las partes quedan obligadas. En todo caso la resolución que declare la caducidad, en cuanto ordene hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva. // En firme la resolución que ha declarado la caducidad de un contrato de arrendamiento, en el que la Administración ha sido arrendadora, la restitución del bien se efectuará por la autoridad policiva del lugar de ubicación del inmueble”* y el artículo 64, disponía que *“La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso. // La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutive. // Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de notificación o de su publicación”.*

contrato y evidencie que puede conducir a su paralización-, lo cual presupone su vigencia y excluye la posibilidad de la decisión, cuando se ha producido la terminación del contrato por otra causa, como lo es el vencimiento de su plazo. Sólo durante su ejecución, puede declararse la caducidad¹².

26.3. Pero, en vigencia del Decreto 222, además, si el contrato ya había finalizado, aún podía la administración declarar su incumplimiento, con la sola finalidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria¹³ pactada. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección, al establecer que las decisiones sobre multas y caducidad sólo podían proferirse durante la vigencia del contrato, manifestó:

Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la administración contratante después del vencimiento del término del contrato.

Si se observa el régimen contractual vigente, similar en este campo al que organizaba el decreto 150 de 1.976, puede afirmarse, frente al incumplimiento del contratista, en síntesis lo siguiente:

Durante la vigencia del contrato el incumplimiento parcial, que no haga imposible su ejecución, justificará la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento. Pero si ese incumplimiento es de mayor entidad la administración podrá darlo por terminado en forma anticipada o anormal y podrá exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria, además de ordenar la liquidación del contrato.

Hasta aquí ese incumplimiento o es la causa de la multa o el motivo para la caducidad. En otros términos, la declaración de incumplimiento es el

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹³ El artículo 72 del Decreto-Ley 222 de 1983, establecía: “**De la cláusula 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”.

fundamento o apoyo de una medida diferente, pero consecuencial, vinculada íntimamente con la vigencia del contrato.

Pero, qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?

Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la administración que cumplió o se allanó a cumplir a la decisión del juez del contrato.

Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: en los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual, sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del decreto 150 de 1976.

(...) La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la administración contratante, porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

Y todo se debió a una mala interpretación de la ley como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: el poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de

*incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración*¹⁴.

27. Con la expedición de la Ley 80 de 1993 las cosas cambiaron, puesto que, como ya se dijo, en ésta no se contempló de manera expresa la competencia de la entidad contratante para imponer multas unilateralmente y tampoco, para hacer efectiva por sí y ante sí, la cláusula penal pecuniaria mediante la declaratoria de incumplimiento, a la que no se aludió en sus disposiciones ya que entre las facultades excepcionales de las entidades estatales, consagradas en el artículo 14, sólo se incluyó la declaratoria de caducidad del contrato, razón por la cual la jurisprudencia de la Sección¹⁵ concluyó que las entidades estatales, a la luz de las disposiciones de la referida ley, carecían de competencia tanto para imponer multas, como para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria –salvo el caso de la declaratoria de caducidad-, que en caso de haber sido pactadas, lo que era perfectamente posible en ejercicio de la autonomía de la voluntad,

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterada con posterioridad en múltiples pronunciamientos, como la sentencia del 20 de octubre de 1995, expediente 7757, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, en la que se concluyó que “[d]e este modo, el Decreto 222 previó el incumplimiento del contratista como supuesto de hecho que podía dar origen a una de estas tres medidas dependiendo de la entidad de dicho incumplimiento, de las conveniencias del interés público y de la vigencia o vencimiento del término contractual: la multa y la caducidad, si el término estaba vigente; la declaración de incumplimiento si dicho plazo se había vencido, en los dos casos, seguidos de la exigencia de la cláusula penal pecuniaria que también figuraba entre las exorbitancias de los contratos celebrados por el Estado”.

¹⁵ En la sentencia del 20 de octubre de 1995, citada en el pie de página anterior, dijo la Sala: “La jurisprudencia elaborada en vigencia del estatuto contractual de 1983 se fue completando y perfeccionando paulatinamente; de comienzo se pensó que la totalidad de las prerrogativas exorbitantes de la administración frente al punto de vista temporal, durante la vigencia del contrato cuando quiera que este fuese de aquellos que se denominan de tracto sucesivo o que, sin serlo, su ejecución se extiende en el tiempo, esta directriz, sin embargo, había tomado en cuenta solamente las potestades administrativas de imposición de multas al contratista y la declaración de caducidad administrativa del contrato. De allí que, más adelante, se advirtiese cómo el artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba una potestad especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta lectura judicial de la ley se conservó hasta el fin de la vigencia del Decreto 222 y la Sala no encuentra razón suficiente para variarla. Conviene advertir, claro está, que la Ley 80 de 1993 despoja a la administración de tal prerrogativa, de modo que –en adelante–, una vez finalizado el término contractual y agotada, por tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista sin perjuicio de las posibilidades que se desprendan del acto de liquidación unilateral o bilateral”.

obligaban a la entidad a acudir al juez del contrato, en cuanto considerara que se había presentado un incumplimiento que diera lugar a su cobro¹⁶.

28. En relación con la cláusula penal pecuniaria, la posibilidad de pactarla en los contratos y la facultad de las entidades de declarar el incumplimiento para proceder a su cobro, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al igual que lo hizo frente a las multas, les otorgó expresamente a aquellas la competencia para tomar dicha decisión a través de un acto administrativo, en aquellos casos en los que se hubiera pactado dicha cláusula en el contrato; y de la misma manera, le imprimió un efecto retrospectivo a la disposición, para permitirle en aquellos contratos ya celebrados a la entrada en vigencia de la norma, en los que las partes hubieren pactado tales cláusulas.

29. Ahora bien, se observa que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece:

ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

30. De la redacción de la norma se desprende claramente que la caducidad del contrato consiste en su terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante a través de acto administrativo, cuando quiera que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, que permita advertir que el objeto del contrato no se logrará en los términos pactados, es decir que actualmente, la única causal que permite tomar esta clase de decisión, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, es el incumplimiento contractual. Este mecanismo de terminación anormal del contrato, conlleva varias consecuencias:

30.1. La extinción del vínculo contractual en el estado en que se encuentre, sin que ello implique derecho a indemnización alguna a favor del contratista.

30.2. La liquidación inmediata del negocio jurídico.

30.3. La efectividad de las multas que se hubieren impuesto y de la cláusula penal que se hubiere pactado¹⁷.

30.4. La configuración del siniestro de incumplimiento, que permite el cobro de la respectiva garantía contractual.

30.5. La entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del

¹⁷ En el entendido de que se hace referencia a aquellos contratos cobijados por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

30.6. La declaratoria de caducidad del contrato, es constitutiva de causal de inhabilidad del contratista para celebrar contratos con entidades estatales durante 5 años –art. 8, literal c, Ley 80 de 1993-.

31. Dado lo anterior, se ha considerado que la caducidad es la más grave sanción a la que se encuentra sujeto el contratista de la administración, cuando no cumple con sus obligaciones en debida forma y con su conducta amenaza con paralizar la ejecución contractual. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la finalidad primordial de esta decisión que el legislador le permite tomar a la administración frente al incumplimiento grave del contratista, no es propiamente sancionarlo, aunque de hecho lo haga, toda vez que su interés sigue fincado en la correcta ejecución del objeto contractual y en el logro de la finalidad que con él se persigue, siempre enfocada en garantizar el cumplimiento de las funciones estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y en últimas, en la satisfacción del interés general, razón por la cual, lo que se busca a través de la declaratoria de caducidad es liberar a la administración frente a su contratista incumplido, para permitirle tomar las medidas que considere necesarias, de cara a la obtención de la ejecución del objeto contractual, finalidad que justifica esta exorbitancia a favor de las entidades estatales en el ámbito de su contratación.

32. Es por esta razón, precisamente, que sólo resulta procedente la declaratoria de caducidad cuando el contrato se halla vigente, pues tratándose de la terminación unilateral y anticipada del mismo, no tendría sentido tal declaratoria cuando el contrato ya ha terminado por otro medio, como lo es el vencimiento de su plazo. Al respecto, ha dicho la Sección:

(...) la caducidad es una potestad sancionatoria de la Administración, pero la legitimidad de este poder exorbitante y su ejercicio gravita, primordialmente, en las necesidades públicas y en el cumplimiento de las funciones estatales que determinan la continuidad sin dilaciones e interrupciones del servicio público y, por ende, del objeto de los contratos con los cuales se persigue su prestación. Así, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, sobre el particular enseñan que:

“...A la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la Ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que el incumplimiento no se produzca, poniendo en juego con este fin los poderes de coerción (...)

El incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato es causa de resolución del mismo. (...) la resolución ‘es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa del riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte’. Se trata, pues, ante todo, de evitar que el interés público padezca a resultas de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el cumplimiento por equivalente (incautación de la fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar...”¹⁸

Posición que comparten otros autores, como José Roberto Dromi, quien coincidiendo en líneas generales, asevera:

“...Las sanciones rescisorias son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden únicamente ante faltas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas sólo cuando no haya otro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista (...) Los contratos administrativos contienen por lo común cláusulas relativas a la forma y efectos de las sanciones rescisorias, pero la ausencia de tales cláusulas no impide que la Administración Pública disponga la rescisión, no como sanción de un incumplimiento contractual, sino cuando el interés público lo exija por razones de mérito...”¹⁹ (Subraya la Sala).

¹⁸ [30] “EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Ob cit., Págs. 743, 769 y 770”.

¹⁹ [31] “DROMI, José Roberto, Derecho Administrativo, Edc. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Pág. 353”.

Y, de similar parecer es Enrique Sayagués Laso:

“...En general admítase que la administración pueda declarar la rescisión unilateral del contrato, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución de los servicios no se paralice, lo que ocurriría fatalmente si la administración tuviera que aguardar el pronunciamiento de la justicia. Pero el acto declarando la rescisión está sujeto a los recursos administrativos y contenciosos, que permiten controlar la regularidad de la resolución decretada...²⁰ (Subraya la Sala)

Por lo tanto, con el otorgamiento de la prerrogativa de declarar la caducidad se persigue garantizar que en aquellos casos de grave afectación de los contratos por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, no se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y las funciones de las entidades contratantes, sino que, con esa terminación anticipada, se asegure su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la correspondiente entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido²¹.

Para un sector importante de la doctrina, este pensamiento se explica en el siguiente sentido:

“De nada serviría que la administración pública tuviera, en el proceso de ejecución de los contratos administrativos, un poder de dirección y control de esa ejecución, si en forma correlativa a ese poder no tuviera también la potestad de sancionar las faltas en que incurra el cocontratante particular, ya sea al transgredir lo establecido en el contrato o al no acatar o desatender las órdenes e instrucciones que le imparta la administración, en razón del contrato o de los poderes o facultades que le son propios. (...)

Si la administración celebra contratos, si se liga por vínculos contractuales administrativos, lo hace en todos los casos para llevar

²⁰ [32] “SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8ª Edición, 2002, Pág. 569”.

²¹ [33] “El artículo 9º, en el inciso último de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007 que reformó el Estatuto General de Contratación Pública, previó que: “Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar”.

adelante un accionar cuyo objeto es el interés público...en ese sentido, lo que interesa verdaderamente es que los contratos administrativos se cumplan, que los particulares ejecuten debidamente las prestaciones a que se han obligado, interés que supera al que puede existir en lograr una reparación de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de lo pactado en el contrato.

Es por esa causa que la existencia de la potestad sancionatoria encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del cocontratante, sino principalmente en la necesidad, de asegurar, mediante ese poder la efectiva y debida ejecución del contrato... Aun en el caso en que frente a las faltas de gravedad, pueda llegarse a la extinción del contrato, esa finalidad de la potestad sancionatoria sigue estando presente, pues en esos supuestos no se busca la mera eliminación del cocontratante como tal, sino en cuanto su presencia es un obstáculo para la satisfacción del interés público. El poder de sancionar a su cocontratante que tiene la administración es una 'potestad' y no un 'derecho' (...)

Esta facultad de la administración, que es exorbitante del derecho privado y propia de la ejecución de los contratos administrativos, es una prerrogativa que se funda en la necesidad de asegurar la satisfacción del interés público.

(...)

Las sanciones rescisorias son, como fácilmente se comprende, las más graves que pueden adoptarse en materia contractual administrativa, puesto que producen la extinción del contrato y la conclusión de los vínculos que existían en su virtud. Por ello mismo, sólo proceden ante faltas contractuales especialmente graves, debiendo recurrir a ellas cuando no exista otro medio para lograr la ejecución del contrato en forma regular...'²² (Subraya la Sala).

Así las cosas, que el ejercicio del poder exorbitante de declarar la caducidad de un contrato se traduzca en una sanción para el infractor del mismo, es un efecto que se desprende de él, pero que no muta la finalidad perseguida a través de la misma; vale decir, la caducidad como terminación unilateral de un contrato ante la infracción de las prestaciones a las que está obligado el contratista, si bien conlleva una sanción para él, la más drástica en sede administrativa, no es el fin mismo de la institución, sino el medio y el efecto propio que se deriva de su imposición para garantizar el interés público de que se ejecuten debidamente sus prestaciones, objetivo para el cual está consagrada²³.

²² ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, Págs. 406 y ss., 484.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

El caso concreto

33. A través de la resolución n.º 0399 del 12 de agosto de 1996, confirmada mediante la resolución n.º 0583 del 25 de octubre de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía tomó las siguientes decisiones:

ARTÍCULO 1º.- DECLARAR el incumplimiento del Contrato No. 075 DE 1995, celebrado con la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. (...).

ARTÍCULO 2º.- IMPONER y hacer efectivas a favor del FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., como efecto del incumplimiento que se declara, el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 075 de 1995, por la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON 80/100 (\$57'951.979,80) MONEDA CORRIENTE, correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato No. 075 de 1995.

ARTÍCULO 3º.- El valor de la sanción anteriormente impuesta a título de sanción penal pecuniaria, podrá ser tomado directamente de los saldos que posea el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA a favor de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., y/o de las garantías constituidas de conformidad con la Cláusula Décima del Contrato 075 de 1995.

ARTÍCULO 4º.- TERMINAR Y ORDENAR la liquidación del Contrato No. 075 de 1995 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., de acuerdo con lo estipulado en las Cláusulas Contractuales, en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, una vez ejecutoriada la presente resolución (...).

34. Para la fecha de expedición de la resolución 0399, 12 de agosto de 1996, el contrato se encontraba vigente, según se desprende del siguiente análisis:

35. La vigencia inicial del contrato fue pactada en la cláusula novena, en 150 días calendario contados a partir del primer día hábil siguiente a la fecha de entrega del anticipo –párrafo 11.1-; ésta se produjo el 2 de octubre

de 1995 –párrafo 11.3-, que según el calendario fue un día lunes, razón por la cual el término empezaba a correr al día siguiente, es decir, 3 de octubre y por lo tanto vencía el 29 de febrero de 1996.

36. Mediante el contrato adicional n.º 1 se acordó que la vigencia del contrato sería de 178 días calendario contados a partir de la fecha de entrega del anticipo –párrafo 11.4-, es decir hasta el 27 de marzo de 1996.

37. Mediante contrato adicional n.º 2, las partes acordaron la vigencia del contrato en 332 días, a partir de la fecha de entrega del anticipo, es decir hasta el día 28 de agosto de 1996.

38. Quiere decir lo anterior, que la entidad contratante procedió a terminar unilateralmente el contrato por el incumplimiento del contratista y como consecuencia de tal decisión, hizo efectiva la cláusula penal pactada y ordenó liquidar el negocio jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula la caducidad del contrato.

39. Para la Sala, esta decisión, teniendo en cuenta su contenido y fundamento, si bien no es un modelo de técnica administrativa, puesto que la entidad debió utilizar la terminología legal adecuada, corresponde a lo que el legislador consagró como una declaratoria de caducidad del contrato, que se produjo, como se expuso, oportunamente, es decir dentro del término de su vigencia. Es evidente que la entidad no se limitó a declarar el incumplimiento en orden a obtener la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, sino que fue más allá, declaró la terminación del contrato y ordenó su liquidación, disposiciones éstas que corresponden a las consecuencias que de acuerdo con la ley, se derivan de la declaratoria de caducidad.

40. La manifestación de voluntad unilateral de la administración contenida en el acto administrativo demandado es clara en tal sentido, a pesar de no enunciar expresamente el término *caducidad* y es el contenido de tal voluntad lo que determina la configuración de la decisión administrativa. En relación con la voluntad generadora en la formación del acto administrativo, ha dicho la doctrina:

La voluntad de la Administración pública debe ser considerada en sus dos momentos esenciales en lo que concierne al régimen jurídico de la validez del acto administrativo, o sea: 1º) cuando se forma o determina, y 2º) cuando se expresa o declara.

La validez de una declaración depende de su concordancia con la determinación; si se declara en forma distinta, contraria o errónea a la voluntad determinada, el acto está viciado, y en consecuencia puede, según la naturaleza o gravedad del vicio, ser anulado.

Claro está que la voluntad real, juega un papel importante, hasta decisivo, en la validez de los actos jurídicos, sobre todo en los bilaterales.

En el proceso psíquico primario de formación de la voluntad, tanto en el derecho privado como en el público, importa distinguir la intención, de la determinación, que es la etapa final de ese proceso, y que se concreta objetivamente para la formación del acto por la declaración.

(...) Importa no olvidar que la voluntad se determina después de un proceso en el cual se puede advertir una directiva, un propósito, un fin. En el derecho público esta dirección y este fin es la realización del interés público expresado según el órgano o autoridad con competencia.

(...) no siendo admitida en el derecho público la prueba de una divergencia entre el procedimiento interno de formación de la voluntad del órgano y lo que resulta exteriorizado en los actos administrativos, la presunción de que corresponden el uno al otro ella resulta en el derecho público una presunción absoluta.

(...) la regla cierta es considerar esa voluntad en la exteriorización final, puesto que ella expresa la voluntad de la Administración pública; únicamente los motivos o causas que aparecen o se concretan en esa expresión del acto pueden ser materia de examen, porque en el acto es donde se objetiva la voluntad de la persona administrativa, y el examen de legalidad del mismo

*sólo es posible verificarlo confrontando los diversos elementos constitutivos con aquella*²⁴.

41. Y es la verificación del contenido de la decisión administrativa impugnada, en cuanto declaró unilateralmente la terminación del contrato por el incumplimiento del contratista y ordenó la efectividad de la cláusula penal pecuniaria así como la liquidación del contrato, lo que permite afirmar que, en el presente caso, la entidad demandada al expedir la resolución n.º 0399 de 1996, actuó dentro de los límites de su competencia, legalmente atribuida por los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, no se configuró la causal de nulidad alegada en la demanda, consistente en la falta de competencia de la entidad demandada para proferir el acto administrativo acusado.

42. La demandante también alegó la violación del derecho de defensa de la Aseguradora Colseguros S.A. con la expedición del referido acto, pues la entidad, al resolver el recurso que aquella interpuso en contra del acto administrativo, no hizo manifestación alguna sobre las pruebas que había pedido, consistentes en el *“acervo que obraba en el expediente de la actuación administrativa”*, con lo cual se violó el principio de contradicción, se le impidió el uso efectivo del derecho de defensa y se la privó del derecho de probar la falsa motivación de los actos impugnados.

43. Al respecto, se observa que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se deben desarrollar de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y con aplicación de los principios del derecho administrativo –art. 23, Ley 80 de 1993- y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 77 del estatuto de contratación estatal:

En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función

²⁴ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. II, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 6ª ed., 1964, p. 33 y 34.

administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

44. Como se puede ver, el estatuto de contratación sólo consagró la procedencia del recurso de reposición en contra de los actos administrativos contractuales, sin regular la forma de dicho recurso, razón por la cual, con fundamento en la remisión que en dicho estatuto se hace a las normas que regulan las actuaciones administrativas, deben tenerse en cuenta las disposiciones de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que se refieren a los procedimientos administrativos de expedición e impugnación de los actos administrativos.

45. El Código Contencioso Administrativo establece dentro de los recursos de la vía gubernativa -numeral 1º del artículo 50-, el de reposición, el cual se presenta ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que éste la aclare, modifique o revoque, según el caso, recurso que debe ser interpuesto por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los 5 días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso –art. 51- y que debe reunir los requisitos dispuestos en la ley –art. 52²⁵- . Dicho código también regula el trámite de los recursos que se

²⁵ El artículo 52 del C.C.A, dispone: “**REQUISITOS.** <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos: // 1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente. // 2. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley. // 3. Relacionar las pruebas que se pretende hacer valer. // 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente. // Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente”.

interponen contra los actos administrativos y en relación con las pruebas, dentro de dicho procedimiento, establece que *“Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio”*.

46. De acuerdo con los términos de esta última norma, la regla general es que los recursos de reposición y apelación se resuelvan de plano, expresión procesal que indica decidir sin correr traslado a las partes pero que, tratándose de actuaciones administrativas, en las que no hay partes, sino administrado y administración, lo que indica es que una vez interpuesto el recurso, debe proceder esta última a decidirlo sin más dilaciones, salvo la excepción allí planteada, de que con el recurso de apelación se hubieren pedido pruebas, lo que se ha interpretado en el sentido de que, al no aludir la norma a la petición de pruebas con el recurso de reposición, sino sólo con el de apelación, el primero siempre tenía que ser resuelto de plano y no resultaba procedente la solicitud de pruebas con su interposición, posición que fue cuestionada por la Corte Constitucional en sentencia del 8 de mayo de 2000²⁶, en la cual se sostuvo que aún tratándose del recurso de reposición contra actos administrativos, en aras de garantizar el debido proceso –art. 29 constitucional- y el derecho de defensa, si el administrado pedía pruebas, éstas debían practicarse, si eran conducentes y pertinentes, *“si se le quiere garantizar, con base en la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.) un efectivo y real derecho de defensa”*. Por su parte, la jurisprudencia de esta Sección, ha dicho:

“De otra parte, considera la Sala, que si por regla general las decisiones de los representantes legales de las entidades públicas, no tienen recurso de apelación (CCA. Art.50-2), lo que hace que el recurso de reposición sea el único procedente contra dichas decisiones (aunque no sea obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa arts. 51 y 63 CCA) tiene mayor relevancia que el mismo funcionario que tomó la decisión al resolver el único recurso posible de interponerse en sede

²⁶ Sentencia T-505, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

administrativa, dé cabida a la práctica de pruebas, conducentes y necesarias, teniendo en cuenta que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (art. 57 CCA).

Por último, deberán armonizarse los principios que rigen el debido proceso y el derecho de defensa, elevados a rango constitucional, con las normas que rigen las actuaciones administrativas. De ahí que el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo deba ante todo armonizarse con las demás disposiciones del ordenamiento procesal administrativo que regulan el trámite de las actuaciones administrativas, como quiera que si en éstas se pueden “pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición de parte” (CCA art.34) debe existir la misma razón para practicarlas en la etapa de impugnación de las decisiones administrativas, cualquiera que sea la naturaleza del recurso que resulte procedente, como una garantía más del debido proceso y del derecho de defensa”²⁷.

47. De acuerdo con lo anterior, es cierto que expedido un acto administrativo contractual, si el recurrente solicita la práctica de pruebas y la entidad las considera pertinentes y conducentes, deberá decretarlas y practicarlas, antes de tomar su decisión. No obstante, en el presente caso, en el recurso interpuesto por la Aseguradora Colseguros S.A. en contra de la resolución 0399 de 1996, ésta pidió en el capítulo de pruebas, que se aceptaran y se tuvieran como tales (f. 45, c. 2):

Documentales:

- 1) *Copia auténtica del poder general contenido en la escritura pública número 9.036, otorgada en la Notaría Veintinueve del Círculo Notarial de Santafé de Bogotá D.C., de fecha 30 de septiembre de 1993 y su correspondiente certificado de vigencia;*
- 2) *Copia auténtica del certificado de existencia y representación legal de mi poderdante, expedido por la Superintendencia Bancaria.*
- 3) *Todas las resoluciones, actos y documentos que se han dado con motivo de la celebración y ejecución del Contrato No. 075 celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y la firma Autos y Camiones de Colombia S.A., documentos que se encuentran en las dependencias del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.*

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 13919, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Todas las pruebas que su despacho estime conveniente decretar.

48. Se observa entonces, que la recurrente no pidió la práctica de alguna prueba que le hubiera sido denegada, puesto que simplemente solicitó tener en cuenta los documentos que acreditaban su existencia y representación, y los documentos contentivos de los antecedentes del contrato de compraventa objeto de la decisión impugnada, los cuales reposaban en las oficinas de la entidad, de tal manera que, por este extremo, no puede alegar que se le desconoció o conculcó el debido proceso y el derecho de defensa y lo que advierte la Sala es su inconformidad con la motivación del acto administrativo, en la cual, a su juicio, ha debido incluirse la relación de los documentos producidos con ocasión del contrato estatal, objeción que a juicio de la Sala resulta improcedente de cara a la pretensión de anulación del acto administrativo, puesto que desde el punto de vista de la motivación del acto –que consiste en explicar las razones de hecho y de derecho que sustentan la decisión que se toma-, sólo se configura una causal de nulidad cuando debiendo estar motivado, carece por completo de este requisito –lo que implica una expedición irregular del acto o vicio de forma- o cuando la motivación que contiene, es falsa por no corresponder a la realidad fáctica sobre la cual recae la decisión, defectos éstos que se encuentran tipificados dentro de las causales de nulidad de los actos administrativos enunciadas por el artículo 84 del C.C.A. Al respecto, ha dicho la Sala, que:

El requisito de motivación, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de la corporación, se cumple cuando la administración al expedirlo explica, así sea en forma sumaria y comprensiva (entendiendo el primer término semánticamente como breve, lacónico, somero o compendiado), las razones de hecho y de derecho que tuvo para hacerlo.

Asimismo se ha dicho que la obligación de motivar se impone siempre que el acto administrativo afecte a los particulares (artículo 5º ley 58 de 1982), y que esta motivación, en principio, debe figurar dentro del cuerpo mismo de la decisión, bien en forma expresa o con referencia a actos o documentos precedentes que revelen con claridad la situación fáctica o jurídica justificativa de la medida.

(...) El requisito de la motivación debe entenderse satisfecho cuando la administración en forma comprensiva, que pueda ser somera o sumaria, como dijo, exponga las razones de hecho y derecho que justificaran la medida tomada. Es requisito formal; por esa misma razón la nulidad del acto carezca en forma absoluta de motivación o cuando teniéndola, esa motivación sea de simple comodín, vaga o genérica, susceptible de aplicarse a todos los casos, ya que la jurisprudencia asimila esta hipótesis a la primera²⁸.

49. En esta forma, la Sala considera que el requisito de la motivación se satisface cuando la administración, en forma comprensiva, que puede ser somera o sumaria, expone las razones de hecho y de derecho que justifican la medida tomada, tratándose de un requisito formal que por lo tanto, conduce a la nulidad del acto sólo cuando el acto carezca en forma absoluta de motivación o cuando teniéndola, la misma sea de simple comodín, genérica o vaga, susceptible de aplicarse a todos los casos, ya que la jurisprudencia asimila esta hipótesis a la ausencia de motivación.

50. Finalmente, se observa que en el capítulo de las pretensiones, en el numeral 7º de las declaraciones que se pidieron, la actora solicitó que se declarara que la entidad demandada incumplió las cláusulas del contrato, entre otras cosas, por la *“indebida aplicación de la cláusula décima quinta del contrato”*, cargo que sin embargo, quedó huérfano de sustento, no fue fundamentado ni se encuentra cuál es su relación con los actos administrativos impugnados en el *sub-lite*, si se tiene en cuenta que la referida cláusula, dispone: *“DÉCIMA QUINTA.- CESIÓN DEL CONTRATO: En atención a las calidades y consideraciones que aquí se contrata (sic), este no podrá cederse por el CONTRATISTA en todo o en parte a persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sino con autorización de la entidad contratante”*.

51. Por las anteriores razones, la Sala considera que este cargo no tiene vocación de prosperidad y resulta insuficiente para desvirtuar la presunción

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de abril de 1992, expediente 6536, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

de legalidad de la que se encuentra investido el acto administrativo demandado.

La proporcionalidad de la pena pecuniaria

52. No obstante lo anterior, se observa que en la resolución 0399 de 1996, la entidad demandada ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por el 100% del valor pactado por tal concepto en el contrato –cláusula décima segunda-, el cual a su vez, correspondía al 10% del valor total del mismo, sin consideración del hecho de que el contratista había cumplido parcialmente con el objeto contractual al hacer entrega de varios de los vehículos materia de la compraventa, circunstancia que fue evidenciada por el litisconsorte Autos y Camiones de Colombia S.A., quien adujo que el acto administrativo mediante el cual se declaró el incumplimiento y se ordenó hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria estaba falsamente motivado, pues el incumplimiento no fue total y por lo tanto, la medida sancionatoria debía dosificarse en la medida del real incumplimiento.

53. En el plenario se acreditó que el objeto del contrato fue la compraventa de 10 vehículos –párrafo 11.1- y que la firma contratista Autos y Camiones de Colombia S.A., hizo entrega a la entidad compradora de 5 de ellos, quedando pendiente, al vencimiento del plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, la entrega de 4 camionetas blindadas–párrafos 11.13, 11.17 y 11.20- y que la parte ejecutada del contrato, equivalía a la suma de \$ 247 519 801 –según acto de liquidación, párrafo 11.24-, sobre un valor total del contrato que fue de \$ 579 519 798 –párrafo 11.1-, lo que significa que el contratista ejecutó el 42,71% del objeto contractual.

54. Al respecto, se observa que la cláusula penal pecuniaria que se pacta en los contratos estatales²⁹, corresponde a una estimación anticipada y definitiva de los perjuicios que se derivan para la entidad contratante del incumplimiento de su contratista y que se tasa en un determinado porcentaje del valor total del contrato. La inclusión de esta cláusula en el negocio jurídico, releva a la administración de la carga de acreditar el monto de los perjuicios cuando declara la caducidad o el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la pena pecuniaria, de tal manera que declarado aquel, puede proceder al cobro de ésta por el monto pactado en el contrato. Ahora bien, si la administración considera que los perjuicios que sufrió, derivados del incumplimiento de su contratista, superan el monto de la cláusula penal pecuniaria, estará en el deber de acudir al juez del contrato, para que sea éste quien determine la existencia y extensión de tales perjuicios y profiera la respectiva condena en contra del contratista incumplido.

55. Así mismo, cuando el contratista -o asegurador, según el caso- considera que el valor de la cláusula penal pecuniaria supera el monto real de los perjuicios sufridos por la entidad contratante a raíz del incumplimiento contractual que se le imputa, está en la posibilidad de solicitar su revisión al juez, para que éste determine la proporcionalidad entre dicho incumplimiento y la indemnización de perjuicios a su cargo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en múltiples ocasiones. En sentencia del 4 de noviembre de 2004, manifestó que *“...Cuando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión*

²⁹ En derecho privado, el artículo 1592 del Código Civil, establece que la cláusula penal *“(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento³⁰.

56. Si el monto pactado a título de cláusula penal pecuniaria corresponde a los perjuicios sufridos por la entidad contratante con ocasión del incumplimiento del contratista, no cabe duda de que aquellos deben ser reales y su indemnización debe ajustarse a su exacto valor, cuando así lo solicite quien es impelido a efectuarla.

57. Por otra parte, se ha considerado que tratándose de una sanción impuesta por la administración a un particular, ésta debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en el ejercicio de su competencia administrativa y que así mismo, *“(...) el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria”³¹*, para efectos de establecer la adecuación entre el hecho determinante de la decisión administrativa, esto es, el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones contractuales y la consecuencia que de la misma decisión se deriva para su destinatario, teniendo en cuenta la finalidad que con ella se persigue. Se impone entonces, verificar que la afectación de derechos e intereses del particular que se derivará del acto administrativo, resulta equilibrada frente a su propia actuación, que le sirve de fundamento y que además, es necesaria para los fines que justifican el ejercicio de tal potestad por parte de la administración.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 4 de noviembre de 2004, expediente 24275.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero.

58. Es así como la jurisprudencia de la Sección, ha considerado la procedencia de la graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria, manifestando:

Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad³² -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial^{33 34}-, así se lo exigen.

No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal –es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden:

“Artículo 1596. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

³² [32] “El principio de equidad, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se define y aplica en los siguientes términos: “(...) la equidad -al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.” (Subrayas originales) -Sentencia C-1547 de 2000-. // En esta sentencia la Corte establece la equidad como un criterio auxiliar de la actividad judicial, mediante el cual es posible corregir la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador. Este análisis es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, pues con base en este mismo criterio, el juez puede modificar un acto administrativo que impone una sanción pecuniaria, para efectos de evitar una decisión “injusta”.

³³ [33] “Así lo ha definido la Constitución Política de 1991, que en su artículo 230 dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

³⁴ [34] “ENTRENA KLETT, Carlos María. La equidad y el arte de juzgar. Editorial Aranzadi, 2ª Ed. Navarra - España, 1990. Pág. 23”.

“Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.**” (Negrilla fuera del texto)*

Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad³⁵.

59. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que en el presente caso, en la medida en que está plenamente acreditada la ejecución del 42,71% del objeto contractual por parte de la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., en cuya virtud la entidad demandada recibió 6 de los 10 vehículos materia de la compraventa, resulta procedente la disminución, en el mismo porcentaje, de la indemnización impuesta a través de la efectividad de la cláusula penal pecuniaria ordenada en el acto administrativo demandado, esto es, la resolución 399 de 1996 y su confirmatoria, resolución 0583 del mismo año. El monto de la sanción penal pecuniaria incluido en tal acto administrativo, fue de \$ 57 951 979,80, el cual, deduciendo el referido porcentaje, deberá ser de \$ 33 200 689,23. En

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se reiteró lo expuesto por la Corporación sobre la disminución de la cláusula penal pecuniaria en los contratos del Estado, en sentencias del 20 de octubre de 1995, expediente 7757, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; 13 de septiembre de 1999, expediente 10264; sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente 10540; auto del 28 de octubre de 2004, expediente 22261; auto del 4 de noviembre de 2004, expediente 24225, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; en las que se adujo la facultad del juez de graduar la cláusula penal pecuniaria teniendo en cuenta el grado de ejecución contractual y los perjuicios realmente sufridos por la entidad, pudiendo aumentar o disminuir, según el caso, el monto de la respectiva indemnización.

consecuencia, se condenará a la entidad demandada a reembolsar a la demandante, en caso de haberla cancelado, la diferencia restante, esto es, la suma de \$ 24 751 290,57, debidamente indexada, más los intereses corrientes.

La liquidación del contrato

60. Dentro de las pretensiones anulatorias de la demanda, se introdujo la relativa a las Resoluciones 0713 del 18 de diciembre de 1996 y 048 del 17 de febrero de 1997, por medio de las cuales el Fondo Rotatorio de la Policía liquidó unilateralmente el contrato, acto administrativo contra el cual el único cargo directo que adujo el demandante, fue el fundado en la falta de citación de la aseguradora para participar en la liquidación del contrato.

61. Al respecto, basta recordar que la liquidación del contrato, bien sea de común acuerdo entre las partes o unilateral, a través de acto administrativo expedido por la entidad contratante, corresponde a un corte de cuentas que se realiza respecto de la relación negocial, para establecer el estado final económico y de ejecución de las prestaciones y determinar en últimas, quién le debe a quién y cuánto, finiquitando el contrato de esta manera. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 –vigente para la época de expedición del acto administrativo demandado- dispone:

Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

62. En consecuencia, la liquidación es una tarea que incumbe exclusivamente a las partes del contrato y ni por su naturaleza de negocio jurídico liberatorio ni por disposición legal alguna, resulta necesaria la comparecencia del asegurador que expidió la póliza contentiva de la garantía de cumplimiento del contrato ni su ausencia implica vicio alguno de tal actuación.

63. Por su parte, el litisconsorte, sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., alegó la falta de competencia temporal de la entidad demandada para liquidar unilateralmente el contrato, cargo sobre el cual se observa:

64. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que ordena la liquidación de los contratos de tracto sucesivo y aquellos que lo requieran, en relación con el término dentro del cual debe llevarse a cabo esta diligencia, sólo manifestó que debía realizarse dentro del anunciado en el pliego de condiciones y en su defecto, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación. Por otra parte, si bien el artículo 61 *ibídem* dispuso que, en caso de no lograrse la liquidación de común acuerdo debía la administración proceder a efectuarla en forma unilateral a través de acto administrativo debidamente motivado, tampoco estableció cuál era el término dentro del cual éste debía ser expedido.

65. En razón de este vacío legislativo, la jurisprudencia de la Sección consideró, como lo venía haciendo desde tiempo atrás, que vencido el plazo contractualmente pactado para la liquidación de común acuerdo o en su defecto, el de 4 meses establecido por la ley, la entidad debía proceder a liquidar unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes³⁶.

66. No obstante ese término que se consideró plausible para la liquidación unilateral –y que después fue consagrado por la ley-, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sección también considera que así transcurran los 2 meses sin que la entidad haya procedido a expedir el respectivo acto administrativo, ella no pierde la competencia para liquidar el contrato, siempre que lo haga dentro del término de caducidad de la acción y únicamente en el evento en que el contratista no haya demandado para obtener tal liquidación por parte del juez. Al respecto, la Sección ha manifestado:

La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada (sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615)³⁷.

La incidencia de la liquidación del contrato respecto de la caducidad para el ejercicio de la acción contractual es vital, pues no puede olvidarse que cuando el contrato se liquida por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración, la caducidad se configura pasados los dos años de la firma del acta o de la ejecutoria del acto³⁸ que la apruebe, según el caso (lit, c y d. num.

³⁶ Esta posición, fue asumida por la ley en el literal d), numeral 10, artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del C.C.A, norma que no resulta aplicable al presente caso por cuanto es posterior a la fecha de expedición del acto administrativo demandado.

³⁷ La ley 80 de 1993 recogió esta pauta jurisprudencial al establecer en el artículo 60 que el término para liquidar el contrato debe fijarse “en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga”.

³⁸ Debe entenderse que es a partir de la notificación del correspondiente acto administrativo, siguiendo en ello la regla general de la caducidad para la impugnación de

10 art. 136 c.c.a) y si la administración no lo liquidare “durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar” (lit. d ibídem).

También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes. Debe advertirse, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A, esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual. Dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 c.c.a).³⁹

67. Actualmente, la Ley 1150 de 2007, establece la competencia para la liquidación del contrato, aún después de transcurridos los plazos previstos para ella, siempre que se realice dentro del término de caducidad de la correspondiente acción contractual:

“ARTÍCULO 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. (...) En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

los actos administrativos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que señala el numeral 2 del art. 136 del c.c.a.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, expediente 14384, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

68. En el presente caso se observa que el contrato se terminó mediante la resolución n.º 0399 del 12 de agosto de 1996, confirmada por la resolución n.º 0583 del 25 de octubre de 1996. En el contrato suscrito entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A, se pactó que las partes liquidarían el contrato de común acuerdo dentro del mes siguiente a su terminación por cualquier causa, vencido el cual, lo haría la entidad unilateralmente (cláusula décima séptima). Es decir que contado el término para liquidar de común acuerdo a partir del momento en el que quedó en firme la decisión de terminación unilateral, esto es, el 25 de octubre de 1996, las partes tenían hasta el 25 de noviembre del mismo año para liquidarlo en forma bilateral y a partir de esa fecha, la entidad contaba con otros dos meses para hacerlo mediante acto administrativo, esto es, hasta el 25 de enero de 1997, sin que ello implique, como se explicó, que transcurrido este término perdiera la competencia para liquidar el contrato, la cual subsistía mientras transcurriera el término de caducidad de la acción contractual, es decir, hasta el 25 de enero de 1999. Como la liquidación se produjo el 18 de diciembre de 1996, mediante la resolución n.º 0713, confirmada por la n.º 048 del 17 de febrero de 1997, resulta evidente que la entidad actuó dentro de los límites de su competencia temporal.

Nulidad parcial de la liquidación

69. No obstante lo anterior, el acto administrativo mediante el cual la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato de compraventa 075 de 1995, como consecuencia de las disposiciones que se tomarán en la presente providencia, será declarado nulo parcialmente, en cuanto incluyó el cobro del monto correspondiente a la multa ilegalmente impuesta y respecto de la reducción de la indemnización por concepto de la cláusula penal pecuniaria, en los términos que quedaron explicados con anterioridad.

70. En consecuencia, la liquidación del contrato, quedará así:

Valor total del contrato	\$ 579 519 798
Valor pagado al contratista	\$ 413 519 799,50
Valor ejecutado por el contratista	\$ 247 519 801
Valor a reintegrar a la entidad	\$ 165 999 998,50
Valor a pagar a la entidad por concepto de cláusula penal pecuniaria	\$ 33 200 689,23
Saldo total a favor de la entidad	\$ 199 200 687,73

La condena en abstracto

71. En el plenario no obra prueba de que la Aseguradora Colseguros S.A. haya realizado el pago de los montos correspondientes a la multa impuesta por la entidad demandada y a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria ordenada en uno de los actos administrativos demandados, aunque sí consta que se inició ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca un proceso ejecutivo para su cobro por parte del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, el cual, mediante providencia del 26 de junio de 2001, fue suspendido hasta por un plazo máximo de 3 años, en virtud de la existencia del presente proceso ordinario, en el que se ventila la legalidad de los actos administrativos que sirvieron de título ejecutivo en aquel proceso (f. 142, c. 1), circunstancia que conduce a proferir una condena en abstracto, puesto que no obran los elementos de juicio necesarios para que la misma sea en concreto. Por lo tanto, el monto de la condena se establecerá mediante incidente de liquidación que tramitará el *a-quo*, teniendo en cuenta para ello los siguientes parámetros:

71.1. Se tendrá en cuenta que se condena al Fondo Rotatorio de la Policía a reembolsar el valor total de la multa impuesta, es decir la suma de \$ 33 199

999,70, debidamente actualizado mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VA = VH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde:

VA = es el valor actual a determinar.

VH = es el valor histórico, es decir la suma de \$ 33 199 999,70.

Índice final = es el índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha en la que se haga la liquidación de la condena.

Índice inicial = será el índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha en que se haya verificado el pago de la multa por parte de la demandante.

71.2. El monto que se condena a la entidad demandada a reembolsar por concepto del reajuste de la cláusula penal pecuniaria en la forma en que se explicó párrafos atrás, es la suma de \$ 24 751 290,57, la cual será debidamente actualizada mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VA = VH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde:

VA = es el valor actual a determinar.

VH = es el valor histórico, es decir la suma de \$ 24 751 290,57.

Índice final = es el índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha en la que se haga la liquidación de la condena.

Índice inicial = será el índice de precios al consumidor IPC vigente para la fecha en que se haya verificado el pago del valor total de la cláusula penal pecuniaria por parte de la demandante.

71.3. Se observa que la demandante pidió que se condenara a la demandada al pago de intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 del C. de Co., los cuales, a juicio de la Sala, resultan improcedentes, toda vez que los intereses moratorios constituyen la indemnización de perjuicios a que tiene derecho el acreedor de una obligación dineraria incumplida, que no es el caso en el *sub-lite*, toda vez que la obligación de pagar la suma de dinero a cargo de la entidad demandada, surge con ocasión de la presente providencia y en virtud de la condena que aquí se proferirá en su contra, razón por la cual no puede hablarse de mora en el pago de dicha obligación.

72. Por la misma razón, no resulta aplicable la tasa de interés consagrada en el inciso 2º, num. 8 del art. 4º de la Ley 80 de 1993, correspondiente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, ya que la misma corresponde también a intereses moratorios, procedentes en el caso del incumplimiento de las obligaciones contractuales consistentes en pagar sumas de dinero.

73. No obstante, toda vez que durante el tiempo en el que estuvo privada de esa suma de dinero, la demandante dejó de obtener el rendimiento que normalmente aquella pudo producir, resulta procedente la condena al pago de intereses legales a una tasa del 6% anual, en vista de que ya se ordenó la actualización de las sumas que le deben ser reembolsadas al demandante y por ello resulta improcedente el pago de intereses corrientes, puesto que en ellos la corrección monetaria se encuentra ínsita, e implicaría

un doble pago por el mismo concepto y como lo ha dicho la Sala, “La jurisprudencia ha sido prolija en señalar que no concurren la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, ya que la tasa de interés comercial lleva en su seno la corrección monetaria; pero sí puede concurrir la actualización cuando se condena al pago del interés legal civil (6% anual artículo 1617 C.C)⁴⁰. Lo anterior se explica en razón a la tasa: en Colombia la tasa del interés corriente bancario es más alta que la tasa legal (normalmente oscila en el 36% anual) porque en ella se incluye la devaluación”⁴¹. Y sobre las diversas clases de intereses que produce una suma de dinero, ha dicho la Sala que los mismos:

(...) se dividen en **remuneratorios y moratorios**; los primeros corresponden al carácter puramente retributivo, “...son aquellos que se devengan durante el tiempo que media entre el surgimiento de la obligación y el día en que ha de cancelarse, y corresponden al beneficio o la ventaja que implica para el deudor tener a su disposición el dinero a él prestado o no tener que satisfacer aún el precio del bien o del servicio de que ya entró a disfrutar”, mientras que los segundos, “... cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida...”. Teniendo en cuenta que el dinero es en sí mismo un bien productivo cuyos frutos son los intereses, “...cuando el acreedor no entra en posesión del dinero a él debido, se reconoce el perjuicio que injustamente está recibiendo con la mora del deudor; perjuicio que no será menor del interés legal, dispensado de la prueba, pero que puede ser superior, caso en el cual han de probarse su realidad y su cuantía”⁴²

⁴⁰ [10] “En la sentencia del 7 de marzo de 1980, Exp. 5322 la Sala consideró que “si a un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de interés incluye un “plus” destinado a recomponer el capital.

No se excluyen entre sí los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo revaluar y cobrar esta clase de intereses. (...)”. En igual sentido la sentencia del 6 de agosto de 1987, Exp. 3886”.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, expediente 13635, C.P. Ricardo Hoyos Duque; reiterada en sentencia del 7 de marzo de 2002, expediente 17785, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴² Op. cit., pgs. 164 y 165

La tasa del interés como retribución o compensación a cargo del deudor de una suma de dinero que corresponde al acreedor, por poder conservarla en su poder, puede tener en cuenta además del monto adeudado y el tiempo transcurrido, el costo puro del dinero, el costo o precio del riesgo y el índice de depreciación monetaria o inflación, y en tal caso su composición será mixta, tendrá una doble función, puesto que de un lado servirá como reconocimiento de los rendimientos de esa suma de dinero de la que se vio privado el acreedor, pero por otro lado, servirá para mantener el poder adquisitivo de la misma, es decir que operará a modo de indexación.

*El interés **legal**, por su parte, es aquél previsto o impuesto por la ley, en contraposición al convencional, que es el acordado por las partes; para el caso de las obligaciones civiles, el Código Civil establece la tasa de interés en el 6% anual, como una tasa de interés pura, es decir sin el mencionado doble componente.*

*En cambio, el Código de Comercio en su artículo 884 estipula que cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital sin que las partes hubieran especificado el interés, éste será el **bancario corriente**, que es aquel que se acostumbra a cobrar en el comercio y que es certificado por la Superintendencia Bancaria, el cual además comporta en su cálculo estos dos componentes: rendimiento del dinero, y actualización; de allí que, en el caso de obligaciones sujetas al pago de esta clase de intereses, no haya lugar a la indexación de la suma debida, puesto que esa función la cumple la respectiva tasa de interés.*

Al respecto, la Sala ha dicho:

*“Es de resaltar que la condena al pago de intereses remuneratorios y la corrección monetaria pueden acumularse, pues como lo ha considerado esta Sala, estos rubros tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según ZANNONI, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufrirá menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño en signo monetario envilecido. **Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esa clase de intereses**”⁴³ (negritas fuera de texto)⁴⁴.*

⁴³ [7] “Esta posición se reiteró en sentencia del 10 de mayo de 2001 – Exp. 12719”.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 21120, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

74. En virtud de lo anterior, en el presente caso, teniendo en cuenta que se actualizarán las sumas objeto de la condena a favor de la demandante con aplicación de la fórmula usualmente utilizada para ello por la jurisprudencia, se calcularán los intereses legales a los que tiene derecho, como ya se dijo, a la tasa del 6% anual.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, 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

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 17 de febrero de 2004, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones n.º 0246 del 14 de junio y 0428 del 29 de agosto de 1996, por medio de las cuales la entidad demandada impuso una multa a su contratista.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial de las Resoluciones n.º 0399 del 12 de agosto y 0583 del 25 de octubre de 1996, y de las Resoluciones n.º 0713 del 18 de diciembre de 1996 y 048 del 17 de febrero de 1997, por las razones expuestas en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: CONDÉNESE en abstracto al Fondo Rotatorio de la Policía a indemnizar a favor de la sociedad Aseguradora Colseguros S.A., los perjuicios derivados de los actos declarados nulos, que se liquidarán mediante incidente en la forma señalada en la parte motiva de la presente

providencia.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Sala