

REGIMEN DE CONTRATACION ESPECIAL- Jurisdicción ordinaria- Autonomía negocial particular

En ese mismo sentido, el artículo 22 del Acuerdo No. 439 de 12 de junio de 20018, mediante el cual la Junta Directiva de Indumil adoptó los Estatutos Internos de la empresa industrial y comercial del Estado, establece: “los actos y hechos que la Industria Militar realice para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que se haya confiado la ley, son actos administrativos y estarán sujetos al procedimiento gubernativo contemplado en el Código Contencioso Administrativo”.

En lo que respecta a la naturaleza de los actos adoptados durante la ejecución de un contrato gobernado por el derecho privado –como el contrato de compraventa No. 1-081/20169–, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado (se transcribe): “los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad”.

IMPOSICION DE MULTAS- Principio de igualdad absoluta- Autonomía de las partes

[...] “la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. Ni tampoco, que se había sostenido que (se transcribe): “con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas

“las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, puedan pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas. Y ha concluido que la estipulación de cláusulas como la de terminación unilateral por incumplimiento es (se transcribe): “absolutamente viable, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 25 de mayo de 2023

Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186)
Demandante: RG Comercial S.A.
Demandada: Industria Militar (Indumil)
Referencia: Controversias contractuales

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – régimen jurídico aplicable – multas en derecho privado – naturaleza jurídica de los actos – nulidad de actos contractuales.

Síntesis del caso: la parte demandante solicita, entre otras pretensiones, que se declare la nulidad de un oficio mediante el cual la entidad demandada le comunicó la imposición de una multa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia proferida el 7 de octubre de 2021 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia de primera instancia – 1.4. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 30 de mayo de 2018, RG Comercial S.A. presentó **demanda²**, en ejercicio del **medio de control de controversias contractuales**, en contra de la Industria Militar (Indumil), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“1) Que se declare que INDUMIL no tenía competencia para liquidar la multa por incumplimiento.

2) Que se declare la nulidad del acto administrativo del 31 de octubre de 2016, mediante oficio 01.863.001, en tanto que La Industria Militar Indumil vulnera el principio constitucional y Legal del debido proceso al momento de liquidar y descontar a Rg Comercial S.A una multa por concepto de incumplimiento.

3) Que se declare la nulidad del acto administrativo del 28 de febrero de 2017, acta de liquidación No 01897014, en tanto que La Industria Militar Indumil

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

² Folios 2-15 del cuaderno 2.

Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186)
Demandante: RG Comercial S.A.
Demandada: Indumil
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revocar parcialmente la decisión de primera instancia

Vulnero el principio constitucional y Legal del debido proceso al momento de liquidar y descontar a Rg Comercial S.A una multa por concepto de incumplimiento.

4) Que se declare la Vigencia del contrato No 1-081 /2016 celebrado entre Rg Comercial y La Industria Militar Indumil hasta la fecha de su vencimiento.

5) Que se declare que la INDUSTRIA MILITAR INDUMIL, vulnero el principio constitucional y legal del debido proceso al momento de liquidar y descontar a Rg Comercial S.A una multa por concepto de incumplimiento, mediante los actos del 31 de octubre de 2016, mediante oficio 01.863.001 y del 28 de febrero de 2017, acta de liquidación No 01897014.

6) Como consecuencia de lo anterior, solicito ordenar la devolución a la Industria Militar Indumil el pago a RG Comercial del valor de la multa es decir la suma de (...) \$542.997.720 (...)

7) Solicito ordenar a la Industria Militar INDUMIL el pago de la indexación de los valores dejados de pagar desde la fecha de liquidación del contrato es decir desde el día 28 de febrero de 2017, hasta el momento del pago efectivo.

8) Solicito ordenar a la Industria Militar INDUMIL, el pago de los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la superintendencia financiera, de los valores dejados de pagar desde la fecha de liquidación del contrato es decir desde el 28 de febrero de 2017, hasta el momento del pago en efectivo.

9) Se condene a la Industria Militar Indumil el pago de las costas y agencias en Derecho”.

2. En el escrito de **demanda**, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

3. 1) El 22 de agosto de 2016, Indumil y RG Comercial S.A. celebraron el contrato de compraventa No. 1-081/2016 de la misma fecha, cuyo objeto era (se transcribe): *“la adquisición de material técnico y dotación del primer y segundo batallón de la primera brigada de desminado humanitario del Ejército Nacional”*.

4. 2) *“En el contrato de compraventa No. 1-081/2016, se previó la posibilidad por parte de INDUMIL de exigir e imponer multas por mora o por incumplimiento parcial de alguna de sus obligaciones [se refiere a las obligaciones a cargo de RG Comercial S.A.]”*.

5. 3) *“El día 31 de octubre de 2016 antes del vencimiento del plazo del contrato INDUMIL imp[uso], a la sociedad RG, mediante acto administrativo oficio No 01.863.001, una multa por incumplimiento, por valor de (...) \$542.997.720 (...)”*.

6. 4) *“El día 28 de febrero de 2017 se suscrib[ió] el acta de liquidación del contrato de compraventa No. 1-81/2016, donde se ordenó el descuento de una multa (...)”*.

7. Según RG Comercial S.A., el oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016 y el acta de liquidación bilateral del contrato de compraventa No. 1-081/2016 son nulos:

8. 1) Porque (se transcribe): *“tal como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la posibilidad que tienen las entidades estatales, como INDUMIL, de sancionar a sus contratistas, ya sea bajo la forma de la*

declaratoria de incumplimiento, multa o descuentos, no puede surgir o tener su origen a partir del acuerdo de voluntades entre estas y los particulares, sino que por el contrario se requiere, como paso previo a su imposición, que el legislador las habilite para puedan hacer uso de las mismas”.

9. 2) Porque (se transcribe): “[n]o cabe la menor duda que el INDUMIL, no aplicó un debido proceso, sino que simplemente se limitó a imponer una multa por incumplimiento aun cuando el contrato no había vencido, olvidando la presunción de inocencia de RG Comercial y sobre todo el derecho que le asistía de ser oído en audiencia para desvirtuar las pruebas que obrasen en su contra y solicitar aquellas que considerara idóneas y pertinentes a favor de su causa”. Concretamente, RG Comercial S.A. señaló que la multa se impuso “sin que (...) se diera estricto cumplimiento al debido proceso establecido en el parágrafo tercero de la cláusula décima del (...) contrato”.

1.2. Posición de la parte demandada

10. El 30 de octubre de 2018, Indumil **contestó la demanda**³. Propuso las excepciones que denominó “*legalidad de la actuación de la Industria Militar – inexistencia del acto administrativo demandado*”, “*cobro de lo no debido*”, “*inepta demanda por indebida acumulación de las pretensiones*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*ausencia de causa que permita declarar la prosperidad de las pretensiones formuladas por la sociedad RG Comercial S.A.*”, en desarrollo de las cuales se opuso a las pretensiones de la demanda. En síntesis, sostuvo que su facultad de imponer multas provenía del contrato de compraventa No. 1-081/2016, y que el oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016 no es un acto administrativo, dado el régimen jurídico de los contratos de Indumil.

1.3. Sentencia de primera instancia

11. El 7 de octubre de 2021, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia**⁴. El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues consideró:

12. 1) Que (se transcribe): “*la naturaleza jurídica del Contrato de Compraventa No. 1-081/2016, suscrito entre la sociedad RG COMERCIAL S.A. y la Industria Militar –INDUMIL– es de carácter estatal y se rige por el derecho privado (...)*”.

³ Folios 34-53 del cuaderno 2.

⁴ Archivo PDF denominado “16_SENTENCIA” del expediente digital del Tribunal (índice 29 Samai).

13. 2) “[Q]ue si bien la demandada aseguró como argumento de defensa que el referido oficio [se refiere al oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016] no podía considerarse como acto administrativo, así como que la multa se impuso en virtud de la autonomía de la voluntad y el acuerdo de las partes sobre la materia, lo cierto es que sin desconocer que se trata de un negocio jurídico de derecho privado [se refiere al contrato de compraventa No. 1-081/2016], tal facultad proviene de la ley (...) En conclusión, contrario a lo señalado por las partes, el oficio No. 01.863.001 del 31 de octubre de 2016, sí constituye un acto administrativo, respecto del cual INDUMIL ostentaba la competencia funcional para expedirlo”.

14. 3) Que (se transcribe): “en consideración a que el derecho al debido proceso es de rango constitucional y, por lo tanto, su aplicación y garantía no depende de reglamentación alguna, INDUMIL debió permitir a la contratista ejercer su defensa (...) INDUMIL debió informar a la contratista del inicio de la actuación administrativa para la imposición de la multa ante la presunta mora en la entrega de los elementos, en aras de que aquella pudiera rendir las explicaciones que considerara pertinentes”.

15. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal resolvió declarar “la nulidad de la multa impuesta por Indumil a la sociedad RG Comercial S.A. dentro de la ejecución del contrato de compraventa No. 1-081/2016, por violación al debido proceso administrativo”, y modificar “el acta de liquidación No. 01897014 del 28 de febrero de 2017, para eliminar el descuento del valor de la multa, esto es, la suma de \$542.997.720,00”.

16. En la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia se dispuso lo siguiente (se transcribe):

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio N° 01.863.001 del 31 de octubre de 2016, por medio del cual INDUMIL impuso una multa a la contratista en virtud del Contrato de Compraventa No. 1-081/2016, por violación al debido proceso administrativo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, MODIFICAR el acta de liquidación N° 01897014 del 28 de febrero de 2017, para eliminar el descuento de la suma (...) \$542.997.720,00 (...), por concepto de la multa impuesta por INDUMIL al contratista.

En caso de que el referido descuento se haya materializado, INDUMIL deberá reintegrar al demandante RG COMERCIAL S.A. la referida suma debidamente actualizada desde la fecha en que se hizo efectiva la retención hasta la fecha de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada, pagar por concepto de agencias en derecho en esta instancia, cuatro (4) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la demandante.

QUINTO: LIQUÍDENSE las costas.

SEXTO: NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE esta providencia a los siguientes correos electrónicos: (...)

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta decisión, por la Secretaría de la sección LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso y DEVUÉLVASE el remanente si hay lugar, de conformidad con los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura”.

1.4. Recurso de apelación

17. El 25 de octubre de 2021⁵, Indumil interpuso **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 7 de octubre de 2021. En el escrito de apelación, solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que (se transcribe): *“la entidad si tenía competencia para imponer la multa y hacer el descuento en el acta de liquidación, y que ejerció la facultad sancionatoria pactada y originada en el contrato en su debida oportunidad conforme a las normas, jurisprudencia y el acuerdo entre las partes contenido en el contrato que regían para la época”*.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

18. La Sala revocará parcialmente la sentencia apelada, exclusivamente en relación con la declaratoria de nulidad del oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016, por las razones que pasan a exponerse a continuación:

19. A efectos de resolver el recurso de apelación, la Sala debe, primero que todo, determinar la naturaleza jurídica del oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016⁶, toda vez que RG Comercial S.A. entendió que se trataba de un acto administrativo, al punto que cuestionó la falta de competencia para su expedición, mientras que Indumil afirmó estar habilitada contractualmente para efectuar las deducciones por incumplimiento, materializadas en una actuación que no comparte esa naturaleza.

20. De conformidad con el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007: *“[l]os contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad”*.

21. A su turno, el artículo 1.1. del Manual de Contratación de Indumil –según la modificación introducida por el artículo 2 de la Resolución No. 138 de 4 de agosto de 2010, expedida por el Gerente General de Indumil⁷– dispone lo siguiente en relación con el régimen jurídico de los contratos celebrados por la entidad: *“Los contratos que celebre la Industria Militar (Indumil), se*

⁵ Archivo PDF denominado “21_RECIBEMEMORIALES_APELACION_RECURSODEAPELACION” del expediente digital del Tribunal (índice 33 Samai).

⁶ Folios 66 del cuaderno 2 y 27-28 del cuaderno 3.

⁷ Disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/resolucion_indumil_0138_2010.htm#1.

Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186)
Demandante: RG Comercial S.A.
Demandada: Indumil
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revocar parcialmente la decisión de primera instancia

regirán por el derecho civil, comercial y la ley de comercio electrónico, salvo en las materias particularmente reguladas en el presente manual. Sin perjuicio de lo anterior, por virtud de lo señalado en los artículos 13 y 16 de la Ley 1150 de 2007, en su actividad contractual, la Industria Militar dará aplicación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a que se refieren los artículos 209 y 276 de la Constitución Política, respectivamente, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la contratación estatal”.

22. En ese mismo sentido, el artículo 22 del Acuerdo No. 439 de 12 de junio de 2001⁸, mediante el cual la Junta Directiva de Indumil adoptó los Estatutos Internos de la empresa industrial y comercial del Estado, establece: “los actos y hechos que la Industria Militar realice para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que se haya confiado la ley, son actos administrativos y estarán sujetos al procedimiento gubernativo contemplado en el Código Contencioso Administrativo”.

23. En lo que respecta a la naturaleza de los actos adoptados durante la ejecución de un contrato gobernado por el derecho privado –como el contrato de compraventa No. 1-081/2016⁹–, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado (se transcribe): “los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad¹⁰”.

24. En este mismo sentido, la Corporación aseveró luego (se transcribe)¹¹:

“[L]a naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos.

⁸ Disponible en:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71273#:~:text=%2D%20El%20Objetivo%20de%20la%20Industria,industriales%20acorde%20con%20su%20especialidad.>

⁹ Según se lee en la cláusula trigésima del negocio jurídico (se transcribe): “Este Contrato se regirá por las leyes civiles y comerciales que le sean aplicables, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, las leyes de presupuesto y en general las normas civiles y comerciales vigentes, las demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir los aspectos del presente Contrato y las disposiciones Ministeriales que apliquen” (folios 54-63 del cuaderno 2 y 16-26 del cuaderno 3).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56.562.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 57.394.

(...)

[S]i lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos”.

25. No se puede ignorar que el mismo Consejo de Estado había señalado, a propósito de la imposición de multas mediante actos administrativos en contratos regidos por el derecho privado, que (se transcribe): *“la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista¹²”*. Ni tampoco, que se había sostenido que (se transcribe): *“con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas¹³”*.

26. En contravía de estas posiciones jurisprudenciales referidas, en épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que (se transcribe): *“las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pued[a]n pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas¹⁴”*. Y ha concluido que la estipulación de cláusulas como la de terminación unilateral por incumplimiento es (se transcribe): *“absolutamente viable, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado¹⁵”*.

27. Lo anterior, bajo el convencimiento de la importancia capital de atender y respetar la autonomía dispositiva, propia de los contratos regidos por el derecho privado (se transcribe)¹⁶:

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29.165.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, exp. 9.288. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, exp. 12.342.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de agosto de 2016, exp. 41.783 y; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de marzo de 2022, exp. 62.200.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39.800.

“El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual. De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos”.

28. De las providencias citadas se colige la existencia de una postura jurisprudencial clara y justificada que encuentra solución en el derecho positivo. En desarrollo de esta posición, es jurídicamente posible concluir que el oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016, mediante el cual Indumil *“liquidó una multa”*, no es un acto administrativo, ni dicha empresa pretendió darle tal alcance, y, por consiguiente, debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho privado¹⁷. Esta conclusión se refuerza cuando se analiza el contenido del oficio No. 01.882.730 de 28 de diciembre de 2016¹⁸, mediante el cual Indumil dio respuesta a la *“solicitud de revocatoria unilateral”* de la multa presentada por RG Comercial S.A.¹⁹ (se transcribe):

“En cumplimiento estricto de la normativa, es de recordar que el Contrato de Compraventa Nacional No. 1-081-2016, (...) por la naturaleza de la Entidad contratante, no se le aplica la Ley 80, ni la Ley 1150, ni las normas que las complementan o adicionan (...)
Así las cosas, y como se repite, en cumplimiento estricto de la Ley, y, por ende del Contrato, las multas que aquí se cobran no son en momento alguno de aquellas de que trata las normas propias de la contratación estatal y por tanto, en este mismo sentido, no puede aplicársele el artículo 86 y concordantes de la Ley 1474 de 2011.
En otras palabras, no se trata, como usted los sostiene, de ningún acto administrativo sancionatorio, sino, del desarrollo de un pacto civil de autonomía de la voluntad regido en su totalidad por el derecho privado que no tiene la connotación de decisión de lo previo o de determinación con implicaciones públicas”.

29. Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, se revocará la decisión del Tribunal consistente en declarar la nulidad del oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016.

30. Resuelto el anterior punto, debe recordarse que, si las partes pactaron hacer efectivos descuentos por incumplimientos o multas, lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto para efectos de su control y para verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer una facultad unilateral lo haga en

¹⁷ Ahora bien, resulta posible que un descuento por incumplimiento, como el que tuvo lugar en el caso que se estudia, se haga efectivo mediante un acto administrativo, sin que exista una habilitación previa. Esto implicaría que se deba cuestionar la legalidad del acto administrativo por la falta de competencia para su expedición, pero ello no ocurre cuando la administración, en un acto despojado de la presunción de legalidad y del carácter ejecutivo y ejecutorio, se limita a hacer efectivo el pacto contractual.

¹⁸ Folios 81 del cuaderno 2 y 43 del cuaderno 3.

¹⁹ Folios 74-80 del cuaderno 2 y 30-42 del cuaderno 3.

cumplimiento de los requisitos pactados y sin hacer un uso abusivo de su derecho. Eso es precisamente lo que le corresponde verificar al juez y a lo que se limitará la Sala a continuación:

31. En la cláusula décima del contrato de compraventa No. 1-081/2016 se estipuló lo siguiente (se transcribe):

“CLÁUSULA DÉCIMA.- MULTAS: El CONTRATISTA, por el presente instrumento conviene y acepta que en caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de sus obligaciones, la INDUSTRIA MILITAR podrá exigir y cobrar el pago de multas sucesivas y diarias mediante comunicación motivada en la que se señale la ocurrencia de tal hecho, sin que sea necesaria declaración judicial. PARÁGRAFO PRIMERO: Las multas que se aplicarán para apremiar al CONTRATISTA a cumplir con sus obligaciones y sus cuantías serán las siguientes:

a. Por mora en la entrega de los elementos objeto del presente Contrato: su valor se liquidará con base en un cero punto cinco (0.5%) del valor total o parcial del Contrato, por cada día calendario de incumplimiento, hasta máximo 15 días.

b. Por incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones emanadas del presente Contrato: su valor se liquidará con base en un cero punto cinco (0.5%) del valor total o parcial del Contrato, por cada día calendario de incumplimiento.

No obstante la aplicación de multas, el CONTRATISTA continuará con la obligación de cumplir con sus obligaciones contractuales. Lo anterior sin perjuicio de que la INDUSTRIA MILITAR pueda hacer efectiva la sanción pecuniaria por incumplimiento.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Por virtud del presente Contrato el CONTRATISTA autoriza a la INDUSTRIA MILITAR a descontar de los saldos a su favor el valor de las multas no pagadas oportunamente por el CONTRATISTA, el valor será descontado en primer lugar de los saldos a favor del contratista del presente contrato, si no existieren se descontarán de otros contratos suscritos con el mismo contratista sin importar el objeto o monto dando aplicación a la compensación legal como medio para extinguir obligaciones. En caso de no existir saldos a favor del CONTRATISTA para descontar las sumas que resulten de la aplicación de la respectiva multa, la misma se cobrará por la vía ejecutiva, para lo cual el presente Contrato, junto con los correspondientes reclamos, prestará mérito de título ejecutivo.

La INDUSTRIA MILITAR podrá aceptar el pago de la sanción en especie, previa solicitud del CONTRATISTA y con concepto técnico favorable de la Subgerencia Comercial, de lo cual se suscribirá el documento de transacción respectivo.

PARÁGRAFO TERCERO: En caso de incumplimiento con la fecha de entrega pactada, se procederá con el trámite sancionatorio a que haya lugar, siguiendo adelante con el trámite establecido por la póliza expedida a Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación que garantice el presente contrato”.

32. Según se lee en el oficio No. 01.863.001 de 31 de octubre de 2016 (se transcribe):

“El Gerente General de la Industria Militar, considerando:

- 1. Que su firma celebró el contrato de compraventa Número 1-081/2016 para la ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS PARA BRIGADA DE DESMINADO HUMANITARIO.*
- 2. Que el valor del contrato es por la suma (...) DE (...) \$13.250.122.560,00 (...)*
- 3. Que el plazo de entrega era el día 3 de Octubre de 2016.*
- 4. Que el supervisor informó que para la fecha del día de entrega, solo entregó 480 detectores del Ítem C-642-8635, y no entregó el saldo restante, el cual se anexa.*
- 5. Que el valor de los elementos sin entregar físicamente y en las condiciones establecidas en el contrato es el siguiente: (...) \$7.239.969.600,00 (...)*

Que de conformidad con lo establecido en la cláusula Decima del contrato se liquidará una multa con base en un cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor total o parcial del Contrato, por cada día calendario de incumplimiento, hasta máximo 15 días, es decir, hasta el día 18 de Octubre de 2016, por la suma de (...) \$542.997.720,00 (...), valor que será descontado conforme a lo pactado”.

33. De la lectura del oficio, se extrae que, no obstante imponer una multa como consecuencia del “*incumplimiento con la fecha de entrega pactada*”, Indumil no se ajustó a lo previsto en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato de compraventa No. 1-081/2016, esto es, no adelantó “*el trámite establecido por la póliza*” que garantizaba el cumplimiento del negocio jurídico²⁰, como lo afirmó RG Comercial S.A. en su demanda²¹. Así las cosas, la Sala estima que el Tribunal acertó al concluir que Indumil no podía descontar sumas de dinero de los saldos a favor de RG Comercial S.A. incluidos en la liquidación bilateral del contrato de compraventa No. 1-081/2016. Por consiguiente, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en este punto.

2.2. Sobre la condena en costas

34. De conformidad con el artículo 188 del CPACA²² y el numeral 1 del artículo 365²³ del CGP, no habrá lugar a condena en costas, en la medida en que el recurso de apelación interpuesto por Indumil prosperó parcialmente.

3. DECISIÓN

35. 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,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia de 7 de octubre de 2021, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

²⁰ Si bien la garantía de cumplimiento y sus condiciones generales y particulares no fueron aportadas al proceso, no queda duda de que el trámite previsto en la póliza para la imposición de multas no fue adelantado.

²¹ En la demanda, RG Comercial S.A. sostuvo que la multa se impuso “*sin que (...) se diera estricto cumplimiento al debido proceso establecido en el párrafo tercero de la cláusula décima del (...) contrato*”.

²² Artículo 188: “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”.

²³ Artículo 365: “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...)”.

Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186)
Demandante: RG Comercial S.A.
Demandada: Indumil
Referencia: Controversias contractuales
Decisión: Revocar parcialmente la decisión de primera instancia

"PRIMERO: MODIFICAR el acta de liquidación N° 01897014 del 28 de febrero de 2017, para eliminar el descuento de la suma de \$542.997.720,00, por concepto de la multa impuesta por INDUMIL al contratista.

En caso de que el referido descuento se haya materializado, INDUMIL deberá reintegrar al demandante RG COMERCIAL S.A. la referida suma debidamente actualizada desde la fecha en que se hizo efectiva la retención hasta la fecha de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada, pagar por concepto de agencias en derecho en esta instancia, cuatro (4) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la demandante.

CUARTO: LIQUÍDENSE las costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta decisión, por la Secretaría de la sección LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso y DEVUÉLVASE el remanente si hay lugar, de conformidad con los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura".

SEGUNDO: sin condena en costas en esta instancia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaración de voto

firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA