

# LA IMPOSICIÓN DE MULTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES POR LOS JUECES ARBITRALES\*

The imposition of fines in the state contracts  
by the arbitral judges

---

Diana Carolina Pérez Arango\*\*

## Resumen

Si bien la imposición de multas por parte de la administración a sus contratistas, como una forma de apremio en situaciones de incumplimiento por parte de estos de sus obligaciones contractuales, ha sido catalogada como una potestad exorbitante o excepcional, debe reconsiderarse su naturaleza jurídica. Lo anterior si se tiene en cuenta que de conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la imposición de multas quedó al igual que las cláusulas penales, por fuera del catálogo de las potestades excepcionales enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 referente a los medios que pueden emplear las entidades estatales para lograr

---

\* Para citar el artículo: PÉREZ ARANGO, Diana Carolina. La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 47 Enero – Junio. 2018, pp. 139-166.

Recibido: 4 de marzo de 2018 - Aprobado: 16 de agosto de 2018.

El artículo “La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales” fue presentado ante la Dirección de CISJUC de la Universidad Católica de Colombia como uno de mis productos en calidad de auxiliar de investigación del Grupo Phronesis; susceptible de ser publicado en una revista de derecho.

\*\* Abogada de la Universidad Católica de Colombia, graduada con honores. Se desempeña como auxiliar de investigación del Grupo Phronesis y del Semillero de Propiedad Intelectual y Derecho Privado de la Universidad Católica de Colombia. Cuenta con una publicación en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes y ha sido ponente en temas de arbitraje de inversión en la Universidad de Buenos Aires.

La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales

el cumplimiento del objeto contractual. Exclusión que mal podría pasarse por alto para seguir catalogando la imposición de multas como una especie de potestad excepcional de la administración. Razón por la cual, puede afirmarse inicialmente que la exclusión hecha por el legislador implicó un vuelco en su naturaleza jurídica, para así retomar la concepción del derecho privado en donde su naturaleza es netamente contractual, sujeta al libre consentimiento de las partes.

**Palabras clave:** contratos estatales, cláusulas exorbitantes, excepcionales o poderes excepcionales, multas, justicia arbitral.

### **Abstract**

Although the imposition of fines by the administration on its contractors as a form of enforcement in situations of non-compliance by contractors with their contractual obligations has been classified as an exorbitant or exceptional power of state entities, its legal nature must be reconsidered. This is due to the fact that, according to the General Contracting Statute, the imposition of fines was, like the criminal clauses, outside the catalogue of the exceptional powers set forth in article 14 of Law 80 of 1993 regarding the means that can be used by state entities to achieve compliance with the contractual object. Exclusion that could hardly be ignored to continue cataloging the imposition of fines as a kind of exceptional authority of the administration. Reason why, it can initially be said that the exclusion made by the legislator implied a change in its legal nature, so as to return to the concept of private law where its nature is clearly contractual, subject to the free consent of the parties.

**Key words:** state contracts, exorbitant clauses, exceptional or exceptional powers, fines, arbitral justice.

## **Introducción**

A modo de introducción de este trabajo, debe llamar la atención que la competencia de los árbitros para conocer y decidir sobre las controversias suscitadas de la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación, ha sido constantemente cuestionada y discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en razón a la naturaleza jurídica de una de las partes –la entidad estatal– y los poderes que constitucional y legalmente le han sido atribuidos.

No es para menos si se tiene en cuenta que en principio, el juez natural encargado de dirimir los conflictos en los que es parte una entidad estatal, es el

Juez de lo Contencioso Administrativo por expresa disposición legal<sup>1</sup>. Aun así, y sin llegar a desconocer la competencia primaria de esta jurisdicción, la ley ha permitido que los jueces arbitrales<sup>2</sup> conozcan y decidan sobre las controversias contractuales que se susciten en las relaciones jurídicas existentes entre las entidades estatales y los contratistas. Pero esta intervención, en todo caso, no es absoluta, pues la ley al igual que la jurisprudencia, han sido claras en determinar los límites de su competencia.

En principio, la limitación se encuentra sujeta a los parámetros de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva tendientes a delimitar el ámbito de actuación de la justicia arbitral y al mismo tiempo, la voluntad de las partes que deciden acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos. La limitación establece no sólo qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje sino también quiénes pueden hacer uso de este mecanismo<sup>3</sup>; permitiendo que en caso de ser contrariados, bien puede el tribunal arbitral declararse incompetente para conocer del asunto o alguna de las partes puede solicitar la nulidad del laudo arbitral en caso de que aquel hubiese aprehendido y decidido sobre el particular no estando facultado para ello.

Ahora bien, respecto de los contratos estatales, uno de los temas que no pueden someterse a arbitraje cuando de ellos se deriven controversias entre las partes, es el relativo a las potestades excepcionales –reconocidas anteriormente como cláusulas exorbitantes– pues se ha considerado que, por ser prerrogativas exclusivas de la administración en razón de su naturaleza, su función y finalidad,

---

<sup>1</sup> El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”

<sup>2</sup> El artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 define y establece los principios del arbitraje, señalando entre otras cosas que “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”

<sup>3</sup> “La arbitrabilidad es el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos. Proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al (arbitrabilidad objetiva), y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo (arbitrabilidad subjetiva)” Sentencia SU 174/07. 14 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

no pueden ser discutidas por los árbitros, pues su conocimiento queda relegado exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa han sido claras no solo en identificar una a una las potestades excepcionales –antes denominadas cláusulas exorbitantes– con las que cuenta la administración, sino que también se han permitido reiterar una y otra vez la incompetencia de los árbitros para valorar y decidir sobre estas potestades. Incompetencia que se evidencia aún más cuando del principio de voluntariedad o poder de habilitación se habla, pues, sin lugar a duda se constituyen en uno de los límites materiales para admitir la operación del sistema de arbitraje. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, tal y como se expuso en la sentencia SU 174/07, “aquellos asuntos que no se encuentran dentro de la órbita de libre disposición y autonomía de las partes en conflicto no pueden someterse a la decisión de tribunales arbitrales”. No obstante a lo anterior, no es claro si los árbitros tienen competencia para imponer las multas cuando son las entidades estatales quienes solicitan que se apremie a sus contratistas. ¿Puede ser esto posible? ¿Resulta posible la imposición de las multas por parte de los jueces arbitrales en los contratos estatales? ¿Esta posibilidad depende de la naturaleza que se le adjudique a las multas?

En efecto, no puede dejarse de lado que las multas como cláusulas contractuales que son, deben ser consideradas como actos de mera voluntad y libre disposición en el contrato estatal. Esto es así, si se considera el cambio de legislación que ha habido al respecto (Decreto Ley 222 de 1983-Ley 80 de 1993-Ley 1150 de 2007-Ley 1474 de 2011), pues la imposición de multas pasó de ser considerada por la legislación como una cláusula exorbitante –hoy potestad excepcional– a ser una cláusula de voluntario pacto en el contrato.

De allí que esta situación permita considerar la hipótesis de que los tribunales arbitrales pueden imponer multas en controversias relacionadas con contratos estatales, cuando dentro de las pretensiones de la entidad contratante se encuentra la de apremiar al contratista –cuestionamiento que parte del supuesto de afirmar inicial y parcialmente que la exclusión hecha por el legislador al no incluir la imposición de multas dentro de las prerrogativas o potestades excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993–, implica considerar la naturaleza contractual de la cláusula que faculta a la administración para imponerlas, y, por lo tanto, considerarla como un derecho del cual puede disponer libremente.

De manera que, bajo este supuesto, y considerando el pacto previo de dicha cláusula en el contrato estatal, sostendré en el presente artículo que la imposición de multas al contratista que se solicita en el marco de un tribunal de arbitramento es parte del parámetro de la arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*.

## 1. Justicia arbitral

Sin duda alguna, uno de los aspectos más relevantes del arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos, lo constituye el concepto de la *libre disposición*. Y no es para menos, cuando su establecimiento y ejercicio implica de una u otra manera, una derogación de la jurisdicción<sup>4</sup> o sustracción de la competencia de la jurisdicción ordinaria<sup>5</sup> para conocer de la controversia suscitada o del denominado negocio sub-lite, una vez las partes deciden pactarlo. Consecuencias que bien podrían dar lugar a cuestionarse sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitramento, para señalar de antemano que las posiciones al respecto no han sido para nada unísonas.

De un lado, se ha rechazado que el arbitramento pueda concebirse como una jurisdicción propia, independiente y autónoma en razón a que la jurisdicción es ejercida única y exclusivamente por los jueces de la república por expreso mandato constitucional y legal<sup>6</sup>. Y por otro, se ha aceptado la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones conferidas a los árbitros, en el entendido que la Constitución (artículo 116) ha previsto la posibilidad de que éstos sean investidos de manera excepcional y transitoria de la función de administrar justicia una vez sean habilitados por las partes<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> En la sentencia C-1436 de 2000, se consideró que las partes una vez suscriben el pacto arbitral, están derogando la jurisdicción ejercida por el Estado a través de sus jueces, pues al establecer que “frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada” sustraen de su conocimiento el tema de controversia para atribuírselo enteramente a los jueces arbitrales.

<sup>5</sup> Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 1995 señaló que “la existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sub-lite, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola.” Pero aclaró que el hecho de que el arbitramento sustituya la jurisdicción ordinaria, no se constituye en una jurisdicción propia e independiente; pues primero, no constituye una jurisdicción y segundo, lo único que hace a través del pacto arbitral es, sustraer de la competencia de la jurisdicción ordinaria, el negocio sub-lite o tema de la controversia.

<sup>6</sup> Ver sentencia C-431 de 1995.

<sup>7</sup> La naturaleza jurisdiccional del arbitramento se deriva “del hecho de que, mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión” (SU-174 de 2007) Ver entre otras, la sentencia C-242/97 en donde se consideró que la decisión arbitral: “bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronun-

Si bien es cierto, el arbitramento como institución no puede concebirse como una jurisdicción diferente, independiente y autónoma a la ya existente, no puede desconocerse la naturaleza jurisdiccional de sus decisiones por ser el resultado del ejercicio transitorio y excepcional de la administración de justicia en casos concretos sometidos a su conocimiento, previo consentimiento de las partes; y más aún cuando la misma ley (artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009) ha reconocido expresamente la función jurisdiccional que desempeñan los particulares cuando actúan como árbitros habilitados por las partes.

Ahora bien, en lo que a su definición se refiere, el arbitramento ha sido definido como aquel “*mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*” (art. 1, L.1563 de 2012) De manera que, este mecanismo bien podría definirse a partir de dos elementos básicos a saber: i) la función jurisdiccional transitoria y excepcional ejercida, y ii) su naturaleza consensual; en razón a que los árbitros se encuentran facultados para resolver de manera definitiva aquellos conflictos, controversias o disputas fácticas o jurídicas que las partes deciden someter a su conocimiento, previa la celebración del pacto arbitral—sea este, una cláusula compromisoria o compromiso, en ejercicio de su autonomía contractual

Lo anterior sin perjuicio de lo expuesto por la jurisprudencia, que para tal efecto ha considerado que el arbitramento se encuentra integrado por:

*“i. la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal de arbitramento”* (Unión Temporal Mavig-Deprocon v. Distrito Capital de Bogotá y otros , 2010)

En todo caso, cabe advertir que la voluntad o el consentimiento de las partes de someter las diferencias presentes o futuras a la decisión de los árbitros, constituye un elemento esencial<sup>8</sup> del pacto arbitral del cual se deriva indiscuti-

---

ciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.”

<sup>8</sup> La Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que “la voluntad o mejor el consentimiento de las partes en el sentido de someter “a la decisión de árbitros las

blemente, su relación con el concepto de *libre disposición*. En el entendido de que las partes solo podrán someterse al arbitraje cuando: i) puedan disponer libremente del objeto del litigio (es decir, cuando tengan libertad para renunciar en todo o en parte), y en todo caso, ii) cuando la ley no limite materialmente la competencia del árbitro.

Esto es lo que se conoce como criterio de arbitrabilidad en sentido subjetivo y objetivo, que se encarga, en el primer caso (arbitrabilidad subjetiva) de definir los sujetos que pueden hacer uso de este mecanismo; y en el segundo (arbitrabilidad objetiva) de definir los tipos de controversias que se pueden o no someter a arbitraje.

### 1.1 Límites a la justicia arbitral

De conformidad con lo expuesto, baste decir, que el pacto arbitral única y exclusivamente será válido cuando: i) las partes gozando de su capacidad acuerden someterse al arbitramento y ii) el asunto de fondo sea susceptible de ser resuelto mediante arbitraje. De lo contrario, el pacto carecerá de validez, en la medida que los árbitros se verán imposibilitados para decidir sobre todo aquello que no puede ser objeto de libre disposición, en razón al interés general o público que lo justifica.

Por lo general, la cuestión sobre quién o quiénes pueden acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos no presenta gran dificultad, el problema se presenta cuando se trata de determinar qué puede ser sometido y resuelto por la justicia arbitral. Razón por la cual el criterio de arbitrabilidad objetivo o *ratione materiae* resulta fundamental para evitar en todo caso su nulidad. Al respecto, se advierte que una de las razones por las cuales puede decretarse la nulidad del pacto por objeto ilícito, hace referencia al carácter no arbitrable de la controversia, aun a pesar de que haya sido producto de la voluntad de las partes<sup>9</sup>.

---

distintas diferencias que puedan surgir”, se erige por tanto en un elemento definido por el legislador en forma imperativa, que constituye un elemento esencial del pacto arbitral, sin el cual no es posible concebir o admitir su existencia.” (Unión Temporal Mavig-Deprocon v. Distrito Capital de Bogotá y otros , 2010)

<sup>9</sup> (Martínez Neira, 2013) destaca que:

“el pacto arbitral puede ser nulo, al menos en cuatro casos especiales:

a. cuando las partes carecen de capacidad; b. cuando la controversia no es arbitrable se dirá que adolece de objeto ilícito; c. cuando se pacta reglas del proceso que resultan contrarias a las leyes especiales del proceso arbitral; d. cuando el mismo viola normas imperativas (art. 899, C. de Co)” (p. 56)

La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales

Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 2001, al dar vía libre a la limitación material que del arbitramento hizo el legislador al establecer que únicamente serían de su competencia los asuntos de carácter transigible, consideró que:

*“[N]o toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. (...) En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible –capacidad legal de disposición–. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes”.* (Negritas fuera de texto)

Razón por la cual, aun a pesar de su naturaleza consensual, en su elaboración se debe tener en cuenta las limitaciones establecidas por el legislador, las cuales han sido fijadas con el objeto de preservar el interés público.

## **1.2 Las entidades estatales, el pacto arbitral y la arbitrabilidad *ratione materie***

En lo que respecta a las entidades estatales, en principio el juez natural encargado de dirimir los conflictos en los que son parte, es el Juez de lo Contencioso Administrativo por expresa disposición legal. Pero esto no quiere decir que sea el único facultado para conocer y resolverlos. Por el contrario, el legislador ha permitido que los árbitros conozcan de ciertos conflictos, sin entrar a desconocer la competencia primaria o preferente de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así pues, el legislador ha exhortado a las entidades estatales a emplear los diversos mecanismos de solución de controversias contractuales a fin de solucionar de una manera ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias que surjan de la actividad contractual en la que sean parte (art. 68, L80/93). Al tiempo que les ha prohibido a las autoridades: i) establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales; y ii) prohibir la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos. (art. 69, L80/93)

Razón por la cual, resulta plenamente válida la estipulación del pacto arbitral en los contratos estatales, siempre y cuando la actividad del tribunal arbitral una vez establecido, se sujete a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 1º, de la Ley 1563 de 2012:

*“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”*

Pero cabe señalar que, el legislador mucho antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, reconoció la competencia de los árbitros para conocer de las controversias suscitadas en los contratos en donde una entidad estatal fuere parte, algunas de estas normas fueron: la Ley 4 de 1964, el Decreto Ley 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 446 de 1998.

Estas normas habilitaban a las entidades públicas para que hicieran uso de este mecanismo, pero cabe advertir que tal habilitación en ningún caso implicó un sometimiento absoluto e ilimitado al arbitraje, pues se excluyó de su competencia asuntos referentes a: las facultades exorbitantes de la administración, en especial aquellas relativas a la caducidad, la interpretación unilateral, la modificación y terminación unilateral; así como lo referente a la legalidad de los actos administrativos. Vale la pena aclarar, que en lo que a la imposición de multas se refiere, la jurisprudencia fue consistente en afirmar que, al ser considerada en su momento como una cláusula exorbitante, no podía ser sometida al conocimiento de los árbitros. Al respecto, es preciso señalar que si bien, en vigencia del Decreto 222 de 1983<sup>10</sup> la imposición de multas fue considerada expresamente como una cláusula exorbitante que como tal debía incluirse forzosamente en los contratos celebrados por la administración, hoy en día, bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 y las normas que la complementan, la imposición de multas no está consagrada como una potestad excepcional, situación que permite cuestionarse si los árbitros gozan de competencia para imponer multas en los contratos estatales, cuando dentro de las pretensiones de la entidad contratante se encuentra la de apremiar al contratista.

<sup>10</sup> En el artículo 60 del decreto en mención, se hacía referencia a las cláusulas obligatorias las cuales forzosamente debían contener los contratos, así:

**“Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a tu naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; (...).”**

En todo caso, se puede afirmar que fue perfilándose una línea, la cual podría catalogarse de uniforme en lo que a la arbitrabilidad *ratione materiae* se refiere, en razón a que la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa coincidieron en advertir que los árbitros no eran competentes para conocer y decidir sobre las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes –hoy poderes excepcionales– Sin embargo, con posterioridad, se fue admitiendo hasta el día de hoy, la posibilidad de discutir ante la justicia arbitral las consecuencias económicas derivadas de las declaraciones de caducidad, modificación o terminación unilateral de los contratos celebrados con la administración, tal y como se puede observar en el inciso 4º del artículo 1º, de la Ley 1563 de 2012 antes transcrito.

En lo referente a la imposición de multas, tal y como se señaló en líneas anteriores, la omisión del legislador en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pareciera dar a entender que quedó excluida de la categoría de las potestades excepcionales y que como tal, puede ser sometida al conocimiento de los árbitros. De allí que, resulte importante abordar brevemente el tema de las sanciones pecuniarias –cláusulas penales y multas– para posteriormente, clarificar la naturaleza jurídica actual que el legislador parece haberle otorgado a las cláusulas que facultan a la administración para multar al contratista.

## 2. Sanciones pecuniarias

Dentro de las relaciones contractuales, con el fin de asegurar el cumplimiento del objeto contractual, las partes tienen la capacidad de pactar la existencia de sanciones pecuniarias –cláusula penal o multa– en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes que rigen este tipo de relaciones jurídicas. En pocas palabras, la estipulación de estas sanciones pecuniarias en cualquiera de sus dos modalidades, buscan desalentar el incumplimiento contractual, y en otros casos, tasar anticipadamente los daños y perjuicios soportados por el extremo contractual cumplido.

### 2.1 Cláusula penal

Del análisis del artículo 1592<sup>11</sup> y el artículo 1600<sup>12</sup> del Código Civil, se tiene que la cláusula penal en principio es una sanción pecuniaria de carácter

<sup>11</sup> Artículo 1592: 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.

<sup>12</sup> Artículo 1600: No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

indemnizatorio o compensatorio y solo excepcionalmente, previo pacto previo de las partes, adquiere un carácter punitivo. Es decir, la cláusula penal puede ser compensatoria o sancionatoria, ya sea que las partes hayan guardado o no silencio respecto de la exigibilidad de la cláusula penal junto con la indemnización de perjuicios. Se tiene entonces:

*i. Cláusula penal indemnizatoria o compensatoria:* hay lugar a esta cláusula cuando las partes han guardado silencio respecto a la exigibilidad conjunta de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, de manera que la ley establece que en estos casos, la cláusula penal cumple una función indemnizatoria al constituirse en una tasación anticipada de perjuicios, razón por la cual el acreedor no podrá exigirle al deudor en caso de incumplimiento el pago de ambas.

*ii. Cláusula penal punitiva o sancionatoria:* cumple una función de apremio o sanción cuando las partes establecen en el contrato de forma expresa e inequívoca que en caso de incumplimiento, el acreedor podrá solicitar la pena y la indemnización de perjuicios de manera conjunta.

## 2.2 Multas

Por otro lado, la multa contractual prevista en los artículos 1592 del Código Civil y 867<sup>13</sup> del Código de Comercio, tiene como función principal constreñir al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida. Busca entonces, conminar al deudor incumplido a satisfacer plenamente su obligación a través de medidas de coacción, diferenciándose en principio de las cláusulas penales indemnizatorias, que tal y como se dejó claro anteriormente, buscan reparar el perjuicio causado por el incumplimiento del deudor.

En todo caso, no debe perderse de vista que el tratamiento de una y otra tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo es distinto, por cuanto, en aquel, la cláusula penal cumple una función eminentemente reparatoria o indemnizatoria y excepcionalmente –cuando las partes lo expresan– una función sancionatoria o de apremio. En cambio, en el derecho administrativo, la cláusula penal tan solo cumple una función indemnizatoria, pues la función de apremio o sanción es satisfecha por la multa.

## 3. Contratos estatales

El contrato estatal se constituye en uno de los instrumentos más importantes con los que cuenta el Estado para la realización de sus fines (art. 2 C.P) así como

<sup>13</sup> 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.(...).

para garantizar la prestación continua y adecuada de los servicios públicos. a través de una relación de colaboración que establece con los particulares sujeta en todo caso a: i) la observancia plena de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y, ii) la orientación de su ejecución al interés general.

En lo que a su definición se refiere, el contrato estatal podría definirse como:

*“todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.”* (Santofimio Gamboa, 2009, pp. 13-14)

A partir de la definición propuesta, pueden identificarse las siguientes características que permiten distinguirlo de los contratos privados: i) se fundamenta en el acuerdo de voluntades<sup>14</sup>, materializado en mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva (principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva; encaminados a evitar y mitigar los posibles actos de corrupción) y no en la unilateralidad de la administración; ii) tiene un contenido económico adecuado a los fines, propósitos y necesidades públicas o generales; iii) la relación jurídica negocial se fundamenta y tiene su propósito en la salvaguardia del interés y el patrimonio público; iv) debe darse aplicación al principio de planeación tanto a los procesos de contratación como a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado para de esta manera salvaguardar el interés general; y v) se celebra bajo los parámetros del principio de igualdad en aras del interés público, razón por la cual la aplicación de las cláusulas excepcionales no pueden aplicarse de manera generalizada.

---

<sup>14</sup> “el negocio se construye sobre la base del consentimiento, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales, y no de manifestación e imposición unilateral de voluntad de la administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de la institución, negando de paso la existencia del fenómeno negocial del Estado.” (Santofimio Gamboa, 2009, p. 14)

Como puede observarse, estas características que le son propias se encuentran justificadas en la función de dirección y control de la celebración y ejecución del contrato que ostenta la administración, De allí que, encuentre justificación plena en el interés general<sup>15</sup> que busca salvaguardar y proteger en cada una de sus actuaciones cuando en cumplimiento de esa función, haga uso de las cláusulas excepcionales y quebrante principios contractuales propios del derecho civil tales como la igualdad y la conmutatividad del acuerdo de voluntades.

### 3.1 Cláusulas exorbitantes o potestades excepcionales

Tal y como se explicó anteriormente, la existencia de estas cláusulas se encuentra justificada y sustentada en el interés público; pero cabe advertir que su tratamiento antes y después del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fue del todo distinta.

Así pues, hasta antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 se distinguía entre los contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración. Para tal efecto, se empleaban como elemento diferenciador, las denominadas *cláusulas exorbitantes* cuya aplicación se ciñó fielmente a la doctrina francesa y por lo tanto se caracterizaban por: i) ser imperativamente impuestas en los contratos sin que se diera la oportunidad de discutir o pactar su inclusión, y ii) facilitar el ejercicio unilateral del poder público sobre el contrato y el contratista.

Una vez expedida la Ley 80 de 1993<sup>16</sup> se optó por eliminar la distinción hecha por el legislador de tiempo atrás y en su lugar adoptar el de *contratos estatales*; de igual manera, las antiguas cláusulas exorbitantes pasaron a ser denominadas *cláusulas excepcionales*, caracterizadas por: i) ser de aplicación

---

<sup>15</sup> En la sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P: Enrique Gil Botero se sostuvo que: “En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...)El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.”

<sup>16</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ha señalado que con la expedición de la Ley 80 de 1993, la unilateralidad de la administración es considerada de aplicación excepcional por cuanto las relaciones entre las entidades estatales y sus contratistas se entienden sujetas al principio de igualdad, situación que era desconocida antes de su expedición con las denominadas cláusulas exorbitantes. (Santofimio Gamboa, 2009, p. 20)

altamente restrictiva, sujeta a los casos taxativamente señalados en la ley, ii) considerarse de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entiende que le pertenecen por mandato legal (en los casos en los que resulta obligatoria) y, iii) ser mecanismos de excepción para el control del objeto contractual.

Ahora bien, teniendo clara la diferencia entre una y otra, las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, hoy potestades excepcionales, son atribuciones propias del poder de la Administración que le confieren una supremacía jurídica en lo que a sus relaciones se refiere. Se derivan por tanto de los mandatos constitucionales y legales que exaltan su condición de autoridad y de poder público que le es propio. Razón por la cual, la Administración en ningún caso puede renunciar a ejercerlas ni mucho menos convertirlas en objeto de negociación, pues han sido definidas para que las entidades estatales ejerzan plena dirección general, control y vigilancia en la ejecución del contrato y así asegurar “la continua y adecuada prestación de los servicios públicos y ejecución de los contratos, o evitar la paralización o su afectación grave”<sup>17</sup>, en pocas palabras, para asegurar la vigencia y protección del interés público.

Entre las potestades excepcionales establecidas en la ley (artículo 14 de la Ley 80 de 1993), se encuentran las siguientes: i) la interpretación de los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas; ii) la introducción de modificaciones a lo contratado; iii) la terminación unilateral cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan; iv) el sometimiento a las leyes nacionales; v) la declaración de caducidad del contrato, y vi) la cláusula de reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado; sin que se hayan incluido como tales, a las cláusulas penales y las multas.

Con respecto a estos poderes excepcionales, bien podría decirse que su estipulación rompen con el principio de igualdad que tradicionalmente ha caracterizado a las relaciones contractuales, pero que en el caso de las relaciones en las que es parte una entidad estatal se justifica su estipulación en el interés jurídico que busca salvaguardar; pues ya no es el interés privado el que guiará la relación entre las partes sino será el interés público que en todo caso deberá protegerse y evitarse al máximo su vulneración.

---

<sup>17</sup> “Las competencias derivadas del poder público, como son las propias de su condición de autoridad, son mandatos constitucionales o legales, y por consiguiente, irrenunciables; por tanto, aunque no lo exprese, dichas competencias no las pierde cuando asume la condición de entidad contratante porque ellas no son objeto de negociación a tal punto que el ordenamiento jurídico en asuntos contractuales, para algunos, incluido el de obra, las incorpora como cláusulas presuntas pese a que las partes no las consignen expresamente en el contrato (art. 14, numeral 2º, inciso segundo).” (Consulta- Ministerio del Interior, 2000)

Al respecto, resulta necesario advertir que la estipulación de las potestades excepcionales, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se encuentra sujeta a una especie de limitación en cuanto al objeto del contrato se refiere. Lo anterior quiere decir que, no es válido estipular cláusulas que se refieran a dichas potestades en todos los contratos en los que sea parte una entidad estatal,<sup>18</sup> pues de lo contrario podría resultar nula por objeto ilícito la cláusula que comporte un poder exorbitante cuando ésta no es autorizada por la ley<sup>19</sup>. Así pues, se tiene que la estipulación de las potestades excepcionales es:

i. Obligatoria, en razón al interés público que se persigue, en todos los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

ii. Facultativa en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

iii. Prohibitiva en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales diferentes a las enunciadas en el literal i, los que tienen por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

---

<sup>18</sup> Sobre el particular, el Consejo de Estado consideró que: “la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales” (Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A.-Confianza v. Telecafé Ltda., 2011)

<sup>19</sup> Si bien las prerrogativas de la administración resultan excepcionales, no es menos cierto que su estipulación deba sujetarse al principio de legalidad, pues de lo contrario se entraría en el plano de la arbitrariedad del poder público que atentaría contra los intereses de la parte contra la cual se impone dicho poder. Al respecto, el Consejo de Estado señaló que: “Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.” (Sociedad D’Costa S.A v. Industria Licorera de Caldas, 2006)

### 3.1.1 Naturaleza jurídica de las multas dentro de los contratos estatales

Como se señaló anteriormente, en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se incluyó la imposición de multas dentro de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual –es decir, no se incluyó como un poder excepcional de la administración– pues en su lugar, el legislador optó por definir como tales: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, la modificación unilateral a lo contratado, la terminación unilateral del contrato celebrado cuando las circunstancias así lo exijan, así como la declaratoria de caducidad del contrato.

Lejos de considerarse como una simple omisión no intencionada del legislador carente de valor o significancia, debe considerarse importante a efectos de reconsiderar la naturaleza jurídica que le ha sido asignada de tiempo atrás a las cláusulas apremiantes (cláusula penal y multas), en especial, la cláusula sobre la imposición de multas que en este caso nos ocupa. En efecto, desde el año 1976 los apremios –entiéndase multas y cláusulas penales– fueron catalogados como cláusulas exorbitantes o excepcionales de la administración que en todo caso debían pactarse obligatoriamente en los contratos celebrados por ésta y por lo tanto, la administración no podía ni tenía la facultad de renunciar a esta prerrogativa legal.

Así pues, con la expedición del Decreto Ley 150 de 1976, el legislador dispuso que en los contratos celebrados por la Nación debían estipularse además de las cláusulas propias y usuales derivadas de su naturaleza, las cláusulas relativas a: “caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática.” (art. 47). Igual disposición fue adoptada por el Decreto 222 de 1983, que en su artículo 60 mantuvo inalterada la naturaleza de cláusula obligatoria de las multas. Razón por la cual, las cláusulas sobre imposición de multas, estaban revestidas de una exorbitancia y excepcionalidad que fue igualmente reconocida por la jurisprudencia en los siguientes términos:

*“La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.”* (Carlos Mario Hincapie Molina v. Distrito Capital Santa Fe de Bogotá, 1998)

Por lo tanto, en vigencia de la normatividad referida, la naturaleza jurídica de las multas no era otra sino la correspondiente a las cláusulas excepcionales o exorbitantes de la administración. Es decir, al ser incluidas dentro de estas prerrogativas, se consideró que no podían ser objeto de renuncia, transferencia

o negocio alguno, en razón a que “en su cumplimiento [se encuentran] comprometidos la tranquilidad y la seguridad públicas como elementos integradores del orden público.” (Consulta- Ministerio del Interior, 2000)

Ahora bien, con posterioridad a estas normas, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, que como se ha venido reiterando, en su artículo 14 referente a los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual –potestades excepcionales– omitió incluir las cláusulas penales y las multas. Lo que lleva a cuestionarse si dicha omisión en nada afecta o altera la naturaleza jurídica reconocida de antaño<sup>20</sup>, o por el contrario, implica de otro lado, desconocerla y en su lugar considerar su naturaleza contractual o consensual.

Pues bien, la segunda opción a efectos de este artículo, resulta ser la más adecuada en razón a que:

i) es inconcebible categorizarla como una facultad excepcional de la administración, más aún, cuando ésta no ha sido expresamente atribuida por la ley;

ii) el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagró el principio de la autonomía de la voluntad, así como la integración de las disposiciones comerciales y civiles como normativa aplicable a los contratos estatales;

iii) como consecuencia de lo anterior, es claro que, en los contratos regidos por la normatividad civil o comercial, el pacto de multas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones es plenamente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y;

iv) disposiciones posteriores a la Ley 80 de 1993, han acentuado sobre la necesidad de pacto previo sobre la misma para que ésta pueda ejecutarse.

Razón por la cual, es posible afirmar que las cláusulas sobre la imposición de multas gozan de una *naturaleza jurídica contractual o consensual*, en virtud a que las partes –entidades estatales y contratistas– pueden libremente disponer de su estipulación dentro de los contratos que celebren. Lo que resulta plenamente compatible con la naturaleza jurídica que le ha sido reconocido a las multas en el derecho privado, al ser producto necesario del ejercicio libre

---

<sup>20</sup> De esta opinión es el ex Consejero de Estado, Enrique Gil Botero quien considera que las multas al igual que las cláusulas pecuniarias deben seguir siendo consideradas como cláusulas excepcionales de la administración aún cuando no se encuentran contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “Sin ahondar en el debate, considero que si bien estas prerrogativas no están consagradas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sí constituyen verdaderos poderes exorbitantes, lo que debe tenerse en cuenta principalmente al observar el debido proceso.” (Gil Botero, sin año, pp. 13-14)

y consciente de la autonomía de la voluntad de cada uno de los contratantes.<sup>21</sup> No sobra advertir que, este tipo de sanciones contractuales no solo encuentran fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, sino también, en el principio de legalidad; toda vez que exigen que “las conductas reprochables entre las partes se contemplen previamente, con su correspondiente sanción” y permiten a su vez que “sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción.”<sup>22</sup>

Posición que en nada atenta con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, artículo 17; ni en la Ley 1474 de 2011, artículo 86, en el sentido que materializan plena y armónicamente los principios anteriormente mencionados al contemplar la facultad de las entidades estatales de imponer multas (así como la cláusula penal pecuniaria) a sus contratistas en aquellos casos que las hubiesen pactado con anterioridad; tal y como pasa a explicarse.

### 3.1.2 Imposición de multas en los contratos estatales

Con posterioridad a la Ley 80 de 1993, se expidieron dos normatividades que hacen mención a la posibilidad que tienen las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de imponer multas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, única y exclusivamente en aquellos eventos en los cuales las partes las hayan pactado previamente.

---

<sup>21</sup> En concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado número 1293 del 14 de diciembre de 2000, se distinguió cuatro tipos de cláusulas en los contratos estatales a saber: **i) cláusulas excepcionales** (interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales); **ii) “cláusulas de privilegio”** las cuales otorgan una ventaja a la entidad estatal pero no operan y no tienen los mismos privilegios que las cláusulas excepcionales y no son del todo ajenas a los contratos privados (reversión y garantías); **iii) “cláusulas especiales”** que son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales (multas y cláusulas pecuniarias); y **iv) “otras actuaciones privilegiadas”** (liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta)

<sup>22</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 13 de noviembre de 2008 consideró que la estipulación de las cláusulas sobre imposición de multas se enmarca dentro de un supuesto de *ius puniendi sui generis* en la medida que exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato sean contempladas de manera previa así como también que, tanto las conductas como las sanciones sean definidas por las partes. Estipulación que al ser valorada en su integridad con el artículo 1602 del Código Civil, “el contrato es ley para las partes”, da cuenta de la materialización del principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad al funcionar como una especie de “norma jurídica que se dictan las partes.”

Pues bien, la Ley 1150 de 2007 tuvo como propósito dotar a la administración de instrumentos capaces de garantizar la eficiencia y la transparencia en todo el proceso contractual, al observarse una significativa ausencia de mecanismos cuyo fin fuese la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. Así pues, en la exposición de motivos se consideró que la clave estaría en la agilidad y simplicidad de los procesos:

“En ese sentido, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas. Por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos.”

Razón por la cual, en lo referente a la imposición de multas se optó por dotar a tal facultad de una serie de características tendientes a garantizar la efectividad y el cumplimiento pleno del objeto contractual, a saber: i) para su imposición se requiere que la multa se hubiese pactado o estipulado previamente en el contrato en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad<sup>23</sup>, reafirmando así su naturaleza jurídica consensual; ii) la decisión que adopte la entidad debe garantizarle el debido proceso al contratista; iii) su imposición sólo procede cuando se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista; y iv) se podrá hacer directamente efectiva por la entidad a través de cualquier medio idóneo para obtener su pago (compensación de las sumas adeudadas, cobro de la garantía, jurisdicción).

Cuatro años más tarde, con el objeto de aumentar la transparencia y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en el sector público, fue expedida la Ley 1474 de 2011 que introdujo una serie de reformas tendientes a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción, y a lograr la efectividad del control de la gestión pública. En lo referente a la contratación pública, se sustentó que era necesario introducir

---

<sup>23</sup> Naturaleza consensual de la multa que se reafirma además en el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 al señalar: “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.**” (subrayas fuera de texto)

unos cambios por cuanto es uno de los sectores en donde se presentan los casos más graves de corrupción. De allí que en la exposición de motivos se sostuviera respecto de la imposición de multas lo siguiente:

“[N]o existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que, previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.” (Secretaría de Transparencia. Presidencia de la República, 2016, p. 48)

Para materializar su objetivo, estableció en el artículo 86 un procedimiento previsto para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, pero en todo caso el legislador dejó claro que la imposición de las multas y sanciones tendientes a apremiar al contratista incumplido solo procederán cuando aquellas hubiesen sido pactadas en el contrato. Es decir, al igual que en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, reafirmó su naturaleza consensual, al establecer como requisito *sine qua non* su previa estipulación o pacto entre las partes.

Se tiene entonces que, de la interpretación conjunta y armónica de los artículos 14 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, la imposición de multas goza de una naturaleza netamente contractual o consensual y en ningún caso puede ser considerada como una potestad excepcional por el simple hecho de reconocerse la posibilidad de su imposición unilateral por parte de la entidad a través de un procedimiento establecido para tal efecto. Por el contrario, con su consagración expresa en la ley y la exigencia de pacto previo para su procedencia, se reafirma una vez más la doble fundamentación de las cláusulas sobre imposición de multas en los contratos estatales a saber: el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad.

#### **4. Imposición de las multas por los árbitros**

En virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y la libre disposición a los que se ha hecho reiterada referencia, se podría plantear la posibilidad de que los árbitros gocen de competencia para imponer las multas, única y exclusi-

vamente en aquellos casos en que las partes hayan incluido en el contrato una cláusula de cuya redacción pueda inferirse que la entidad estatal no se reservó para sí, la imposición unilateral de las multas.

Esta posibilidad se encuentra justificada además en la definición que del arbitraje ha dado el legislador, en el entendido que podrán deferirse a su conocimiento la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. Condiciones que en el caso de la imposición de multas se cumplen en el entendido que: i) al gozar de una naturaleza consensual las partes pueden disponer libremente de ella, y ii) no existe una prohibición legal al respecto que impida en todo caso, que los tribunales arbitrales puedan conocer sobre su imposición y al mismo tiempo, estar facultados para imponerlas en caso de que se consideren necesarias para conminar contratista incumplido.

Ahora bien, esta habilitación a la justicia arbitral para imponer multas a los contratistas, lejos de constituirse en un elemento que perjudique a las entidades estatales o que atente contra su autonomía, se constituye en una estrategia favorable para los intereses de la entidad en razón a que, siempre y cuando la cláusula lo permita, los árbitros podrían conminar al contratista una vez la entidad lo solicite y se pruebe la necesidad de hacerlo; aun cuando la entidad no haya solicitado la constitución del tribunal arbitral. Piénsese en la siguiente situación:

La Entidad “Y” celebra un contrato de suministro de alimentos con el contratista “X” por un valor de \$1.250.000.000, pactado a un año. Según lo pactado en el contrato, cada mes el contratista “X” debía entregar 1.000 raciones de alimentos a la entidad “Y”, de conformidad con los planes de alimentación diseñados por esta (tipos de alimentos, cantidad, calidad). Transcurridos cuatro meses de ejecución del contrato, el contratista “X” empezó a tener retardos en la entrega de las raciones pactadas y en la calidad de los alimentos proporcionados. Frente a estos incumplimientos parciales, adujo que los términos del contrato referentes a la calidad de los alimentos, así como el del tiempo de entrega no eran claros, razón por la cual intentó aclararlos con la entidad, pero no fue posible llegar a un acuerdo. En vista de lo anterior, el contratista “X” propone un proceso arbitral en el cual solicita la interpretación del contrato.

Por su parte, la entidad, considera necesario apremiar al contratista al cumplimiento total de sus obligaciones en virtud a las irregularidades en las que ha venido incurriendo el contratista y que lo ha llevado a cumplir parcialmente con lo pactado, situación que bien podría poner en riesgo el interés de la comunidad que recibe estos alimentos, así como el interés general en vista del valor del contrato. La entidad considera que no resulta conveniente realizar una interpretación del contrato pues los términos

del mismo son claros, y una interpretación de sus cláusulas podría llevar no solo a la paralización de la entrega de las raciones pactadas sino también podría dar lugar a que el contratista no cumpla con lo establecido al no verse compelido a cumplir totalmente con los términos del contrato. ¿Qué podría hacer la entidad estatal? Pues bien, la entidad podría proponer una demanda de reconvencción e incluir dentro de sus pretensiones la imposición de multa al contratista a fin de apremiarlo en su incumplimiento y obligarlo a cumplir con sus obligaciones, de manera que se sienta compelido a actuar de buena fe y lealtad dentro de la relación contractual que le compete. En todo caso, esta pretensión solo podría proponerla cuando la cláusula así lo permita, es decir, cuando dentro del contrato la cláusula sobre imposición de multas sea de aquellas que en este artículo se han denominado: cláusulas de multa abiertas.

Como puede observarse, el tribunal arbitral convocado solo podrá conocer de esta controversia y decidir favorablemente a las pretensiones de la entidad cuando dentro del contrato celebrado con el contratista se haya incluido una cláusula de multa abierta. De lo contrario, es decir, en caso de que se haya incluido una cláusula de multa cerrada, el tribunal deberá declararse incompetente para decidir sobre la controversia en vista a que las partes con la redacción de la cláusula sobre imposición de multas, limitaron su imposición al procedimiento establecido en la ley para tal efecto.

En todo caso, la imposición de la multa como medida coercitiva solo podrá adoptarse mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, en la medida que aquella se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales. De lo contrario, es decir, en caso de que se haya vencido el plazo de ejecución o se hubiese decretado la caducidad del contrato, habrá pérdida de la facultad y no habrá lugar a imponerlas, en razón a que las multas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino conminatoria o de apremio que en todo caso buscan forzar el cumplimiento del contrato por el contratista incumplido<sup>24</sup>. Se tiene entonces que si tal situación es ignorada por la entidad a la hora de solicitarle al tribunal arbitral su imposición, éste tendrá que declararse incompetente por razón del tiempo (incompetencia *ratione temporis*) y no habrá lugar a conminar al contratista.

## 5. Tipología de cláusulas que imponen multas

Como se ha reiterado en varias oportunidades, al celebrar un contrato estatal, bien pueden las partes—entidades estatales y contratistas—acordar la inclusión

---

<sup>24</sup> Ver la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936

o no de la cláusula sobre la imposición de multas y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pactar la unilateralidad de su imposición o no pactar nada al respecto.

En el primer caso, se estaría haciendo referencia a una cláusula de multa cerrada, y en el segundo, a una cláusula de multa abierta; aclarándose que esta tipología ha sido planteada en el presente artículo a fin de poder identificar los supuestos bajo los cuales los árbitros serían incompetentes para imponer las multas, y en los que gozarían de capacidad para imponerlas.

La *cláusula de multa cerrada*, estaría redactada de tal manera que no cabría duda sobre su imposición unilateral por parte de la entidad estatal conforme al procedimiento señalado para tal efecto por la ley. Es decir que, una vez pactada por las partes la forma de imposición de las multas, éstas quedarían sujetas a lo acordado sin posibilidad de poder acudir al arbitraje para pretender que mediante su habilitación los árbitros sean quienes las impongan. Lo que no quiere decir que, una vez impuesta la multa por la entidad estatal, las consecuencias económicas derivadas del acto administrativo expedido para tal fin puedan someterse a consideración de la justicia arbitral, sin que le sea posible en todo caso juzgar sobre la legalidad del acto, pues recuérdese que este examen es competencia exclusiva del juez de lo contencioso administrativo. Su redacción sería la siguiente:

“En caso de incumplimiento a las obligaciones del Contratista derivadas del presente Contrato, las partes acuerdan que la Entidad Estatal puede adelantar el procedimiento establecido en la ley e imponer unilateralmente las siguientes multas: (...)”

Por su parte, la *cláusula de multa abierta*, tendría una redacción tal que permitiese que las partes pudiesen someter a arbitraje la imposición de la multa acordada, sin que se viesen limitadas por ningún tipo de criterio *ratione materiae*. Si las partes nada dijeron sobre la forma o procedimiento para imponer las multas, se entiende que las partes han optado por acudir a la justicia de lo contencioso administrativo o a la justicia arbitral para que sean los jueces o los árbitros, según sea el caso, quienes decidan sobre su imposición. Para tal efecto, la redacción de este tipo de cláusula sería la siguiente:

“En caso de incumplimiento a las obligaciones del Contratista derivadas del presente Contrato, las partes acuerdan que la Entidad Estatal está en todo su derecho de conminar al contratista con las siguientes multas: (...)”

Valga la pena aclarar que la tipología anteriormente sugerida se sustenta en los principios de la autonomía de la voluntad y la libre disposición. Si la ley hubiese establecido que la cláusula sobre la imposición de multas constituye

un poder excepcional, o que resulta ser una cláusula de obligatoria inclusión en los contratos estatales, o que solo resulta procedente su imposición unilateral por parte de la entidad estatal, o que las partes no se encuentran facultadas para pactarlas libremente; mal podría afirmarse que las partes pueden disponer libremente sobre las mismas. Pero como pudo observarse, no fue así, en su lugar el legislador optó por no incluirlas dentro del catálogo de poderes excepcionales, permitiendo que las partes en ejercicio de su autonomía las pacten si así lo consideran pertinente; al igual que fijó un procedimiento al que pueden acudir las entidades estatales para imponerlas unilateralmente solo si dicha cláusula fue pactada por las partes previamente.

Por lo tanto, si la naturaleza jurídica de las multas emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes que se obligan, bien pueden disponer libremente sobre las mismas, sin que exista alguna norma que les prohíba hacerlo. De allí que las partes deban comprender que:

“la creación de un contrato no depende del acuerdo de dos mentes acerca de una misma intención, sino del acuerdo de dos conjuntos de señales externas –no depende de que las partes hayan querido lo mismo sino que hayan dicho lo mismo–” (Chapman, 2006, p. 79 citando a Holmes, 1897, p. 464)

Solo así, habrá lugar a la posibilidad de que los árbitros conozcan de la pretensión elevada por la entidad contratante de conminar al contratista, para posteriormente imponerlas (si hay lugar a ello) sin que exista norma alguna que se los prohíba. Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, la ley lejos de prohibir la libre disposición de la imposición de multas por parte de las entidades estatales, confirma su naturaleza consensual, por lo que en principio la única limitante que podría existir en cuanto a la competencia de los árbitros para imponerlas sería la misma cláusula que las partes hayan acordado incluir dentro del contrato. Será entonces la manifestación externa de su voluntad representada en la tipología de cláusula elegida por las partes, la que reflejará o no su intención de facultar al juez arbitral para que sea éste quien imponga la multa en caso de demostrarse que aquella es necesaria, proporcional y racional para asegurar el cumplimiento del objeto contractual.

## Conclusión

Es claro que, en lo que tiene que ver con los contratos estatales, uno de los temas que no pueden someterse a arbitraje cuando de ellos se deriven controversias entre las partes, es el relativo a las potestades excepcionales, pues se ha considerado que por ser prerrogativas exclusivas de la administración en razón de su naturaleza, su función y finalidad, no pueden ser discutidas por los

árbitros, pues su conocimiento queda relegado exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Pero es claro además que, la exclusión hecha por el legislador en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al no incluir dentro de las potestades excepcionales la imposición de multas, dio paso a que su naturaleza jurídica fuese reconsiderada. Así pues, tras una interpretación armónica del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es posible afirmar que gozan de una naturaleza jurídica netamente contractual o consensual, fundamentada en el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Razón por la cual, no resulta descabellado cuestionarse sobre la competencia que tienen los árbitros para imponer multas en los contratos estatales, cuando dentro de las pretensiones de la entidad contratante se encuentra la de apremiar al contratista. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, el arbitraje encuentra su fundamento en la libre disposición. Por lo tanto, una vez se acepta la naturaleza contractual de las cláusulas sobre imposición de multas, se acepta indefectiblemente que las partes pueden disponer libremente sobre las mismas, sin que exista norma legal que lo prohíba. Luego es posible sostener que pueden los árbitros, previa solicitud de la entidad contratante, apremiar al contratista incumplido. Cabe advertir que esta posibilidad solo será procedente cuando se cumplan las siguientes condiciones:

i. La cláusula sobre imposición de multas, al tener una naturaleza netamente contractual o consensual, debe estar pactada en el contrato. Debe ser producto del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

ii. La redacción de la cláusula no puede hacer mención a la imposición unilateral de la multa por parte de la entidad estatal, pues de lo contrario, quedaría excluida de plano la competencia del tribunal arbitral para imponerla.

iii. La cláusula debe corresponder a una cláusula de multa abierta, para que así puedan las partes someter a arbitraje la imposición de la multa pactada.

Sólo así, es decir, con una cláusula de multa abierta en el contrato celebrado por las partes, podrá el juez arbitral conocer de la controversia para posteriormente imponer la respectiva multa, si encuentra que es necesaria para garantizar el cumplimiento del objeto contractual. Imposición que deberá ceñirse por supuesto a los postulados del debido proceso, y la proporcionalidad y racionalidad de la sanción.

En todo caso, cabe preguntarse si podría pactarse una cláusula bidireccional en lo que a la imposición de multas se refiere. Es decir, si en un caso de incumplimiento parcial por parte de la entidad estatal, el contratista podría solicitarle al tribunal arbitral la imposición de una multa a la entidad para conminarlo a

cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato. Cuestionamiento que se deja planteado, no con el fin de ser resuelto en este escrito, sino con el propósito de que sea abordado en escritos posteriores.

## Bibliografía

BEJARANO GUZMÁN, R. (2013). El arbitraje ad hoc . En C. C. Arbitraje, *Estatuto Arbitral Colombiano* (p. 592). Bogotá: Legis.

CÁRDENAS MEJÍA, J. P. (2013). El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional. En C. Arbitraje, *Estatuto Arbitral Colombiano* (pág. 592). Bogotá: Legis.

CARLOS MARIO HINCAPIE MOLINA V. DISTRITO CAPITAL SANTA FE DE BOGOTÁ, 13988 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 4 de junio de 1998).

CASTRO SALCEDO, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.

CASTRO SALCEDO, M. (2008). *Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia. Estudio comparado. Francia y Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

CHAPMAN, B. (2006). Rational Choice and Reasonable Interactions. *Chicago Kent Law Review* (31), 75-93.

GIL BOTERO, E. (sin año). *De las prerrogativas del estado en el marco de la contratación estatal*. Bogotá: Auditoria General de la República.

HOLMES, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 457-478.

MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (2013). El pacto arbitral. En C. C. Arbitraje, *Estatuto Arbitral Colombiano* (p. 592). Bogotá: Legis.

MAYORCA ESCOBAR, C. (2013). Clases de arbitraje en la nueva ley de arbitraje. En C. C. Arbitraje, *Estatuto Arbitral Colombiano* (p. 592). Bogotá: Legis.

OSORIO MORENO, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador). *Revista Digital de Derecho Administrativo*(10), 95-108.

PALACIO JARAMILLO, M. T. (2004). Cláusulas excepcionales. *Revista de Derecho Público*(17), 101-110.

PRECIADO ARBELÁEZ, A. (2013). De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el Derecho Colombiano. En C. C. Arbitraje, *Estatuto Arbitral Colombiano* (p. 592). Bogotá: Legis.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia*(1), 1-57.

SECRETARÍA DE TRANSPARENCIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. (2016). *Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011. Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.

SUESCÚN MELO, J. (1995). La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales. *Revista de Derecho Privado*(16), 11-57.

## Jurisprudencia

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-057/95. 20 de febrero de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-431 de 1995. 28 de septiembre de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-242/97. 20 de mayo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta-Ministerio del Interior, Rad. 1293. 14 de diciembre de 2000.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1436 de 2000. 25 de octubre de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-098 de 2001. 31 de enero de 2001. M.P. Martha Victoria SÁCHICA.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-918/01. 29 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-200/02. 19 de marzo de 2002. M.P. Álvaro Tafúr Galvis

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 16 de febrero de 2006. Sociedad D'Costa S.A v. Industria Licorera de Caldas. Rad. 13414

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 174/07. 14 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 13 de noviembre de 2008. Clavijo Delgado Ingenieros Civiles Asociados Ltda. v. Área Metropolitana de Bucaramanga. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 7 de octubre de 2009. Sociedad Pronto Car Limitada v. Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. Rad. 250002326000199501699-01 (17.936).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 17 de marzo de 2010. Unión Temporal Mavig-Deprocon v. Distrito Capital de Bogotá y otros. Rad. 11001-03-26-000-2009-00032-00(36537).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 28 de septiembre de 2011. Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A-Confianza v. Telecafe Ltda. Rad. 25000-23-26-000-1994-00494-01 (15476).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 9 de septiembre de 2013. Leasing de Occidente S.A v. Municipio de Mocoa. Rad. 52001-23-31-000-2000-21279-01(25681).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 24 de octubre de 2013. Dislicores Comercializador internacional y otro v. Departamento de Córdoba. Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697).