



CONSULTORIO
LEGAL ZUREK
ABOGADOS

ESTEBAN SOSA-ROSTAN GARCÍA
Abogado Senior en Zurek Abogados
esosarostan@me.com

FACULTAD DE MULTAR EN CONTRATOS ESTATALES CON RÉGIMEN PRIVADO

Varios son los interrogantes sobre la legalidad de las cláusulas que otorgan facultades unilaterales a las entidades estatales, tratándose de contratos regidos por el derecho privado. Con el temor de ser simplista, existen dos corrientes diferentes sobre este asunto, que denominaré como “la corriente legalista” y “la corriente contractualista”.

La primera sostiene que toda facultad unilateral en favor de la entidad -o al menos la mayoría- es una potestad exorbitante, por lo que el legislador debió habilitarla expresamente para valerse de ella, o para pactarla.

Por el contrario, la segunda considera que basta con que las partes hayan consignado en el contrato tal facultad para que pueda ser ejercida.

¿Es válido pactar que la entidad contratante liquide unilateralmente el contrato de derecho privado? ¿Acaso podría terminarlo unilateralmente por incumplimiento del contratista?

Aunque no ha sido pacífica la jurisprudencia del *Consejo de Estado*, en los últimos años ha reconocido que ambas hipótesis son permitidas (ver p.ej. Sentencias del 20 de febrero de 2017 Exp. 56.562 y del 9 de julio de 2021 Exp. 50.289).

¿Y qué ocurre respecto de la facultad de imposición de multas?

La cosa se complica un poco más. La Ley 80 de 1993 no se refirió a tal atribución en favor de la administración. Ante tal vacío, la jurisprudencia fue especialmente oscilante frente a las dos corrientes, incluso al evaluar contratos sometidos al régimen general.

Esa dualidad la trató de resolver la Ley 1150 de 2007, aun cuando varios consideran que resultaba inocuo, puesto que la Ley 80 de 1993 permitía que las partes convinieran tal

facultad -vg. la aclaración de voto del magistrado **Guillermo Sánchez Luque** a la Sentencia del 1º de junio de 2020, Exp. 48.945-.

Pero para no desviarnos del tema, existen pronunciamientos recientes que avalan la tesis de que la facultad de imponer multas puede tener su fuente en el contrato.

La sentencia del 20 de febrero de 2017 (Exp. 56.562) a la cual ya se hizo alusión señaló: “(...) en la imposición de la multa la entidad contratante actuó amparada en la facultad que el contrato le otorgaba; facultad esta que como se dijo se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico en tanto deriva de la autonomía negociada de los contratantes”.

En términos similares, la sentencia del 5 de agosto de 2019 (Exp. 36.839) aclaró que *Ecopetrol* “(...) hizo efectiva la facultad que las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, tuvieron a bien pactar, para lo que impuso la multa (...)”.

Recientemente, en la sentencia del 5 de marzo de 2021 (Exp. 39.249) se sostuvo que “(...) en las disposiciones civiles y comerciales, no hay ninguna disposición que prohíba al acreedor perjudicado por el incumplimiento hacer efectiva unilateralmente la multa (...) si esta atribución tiene su origen en el acuerdo de voluntades”.

Aclaro que esta providencia revisó un contrato sometido al régimen general, sin que por ello, considero, se pierda el hilo argumentativo desarrollado.

Vemos entonces un “renacer” de la corriente contractualista, situación que ameritaría que la Sección Tercera unifique su jurisprudencia, en aras de atender el principio de seguridad jurídica, así como para darle certeza a las entidades y contratistas de la forma en que se surtiría el procedimiento de imposición de multas.