

Multas de incumplimiento en los contratos estatales sometidos al derecho privado

Contractual fines in the State Contracts subject to private law

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.50.0002>

Gabriel Ballesteros Pinilla*

* Profesor Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga. Profesor del Máster Interactivo en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. Miembro del Observatorio de Política Ambientales, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de España-CIEDA-CEDAT. Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco. Máster en Derecho Administrativo, Universidad del País Vasco. Abogado, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del País Vasco.

REVISTA DE DERECHO

Nº 50, Barranquilla, 2018

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Las entidades públicas sujetas al derecho privado han visto como la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la que se ha limitado la posibilidad de pactar, imponer y cobrar multas contractuales, está obstaculizándoles el cumplimiento de su gestión en este campo. El presente artículo recoge las diversas posiciones que sobre la materia ha sostenido el Consejo de Estado, y luego de un análisis de derecho comparado se determina la naturaleza de las multas contractuales y cláusulas penales de apremio en los diversos sistemas jurídicos y en nuestro ordenamiento. Lo anterior con el fin de que las entidades del Estado sometidas al derecho privado tengan claridad sobre cómo aplicar estas facultades.

Palabras clave: Contratos especiales, multas contractuales, penalidades, cláusula penal de apremio, prerrogativas, facultades exorbitantes.

Summary

The pact, imposition and collection of contractual fines by public entities subject to private law has been limited by the jurisprudence of the Third Section of the Council of State, which hinders the contractual management of these entities. This article sets out the various positions that the Council of State has held on this matter, and then, through an analysis of comparative law, determines the nature of the contractual fines and penal clauses in the various Legal systems and our legal system. This gives clarity on the possibility of agreeing, imposing and collecting fines on the part of State entities subject to private law.

Keywords: Special contracts; Contractual fines; Penalties; Penalty clause; Prerogatives; Exorbitant faculties.

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2017
Fecha de aceptación: 11 de diciembre de 2018

INTRODUCCIÓN

En este artículo se analiza la posibilidad de pactar e imponer multas en los contratos suscritos por entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, los denominados “contratos estatales especiales” (Consejo de Estado, Sentencia de 20 de agosto de 1998, Exp. Nro. 14202). Dentro de dichas entidades se encuentran: las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (arts. 1, 25, 30, 31 y 32, 33, 36 y 39, Ley 142/1994), las universidades estatales u oficiales (arts. 93-95, Ley 30/1992), las empresas sociales del Estado (arts. 194 y 195, Ley 100/1993; arts. 15, 16, 18 y 19, Decreto 1876/1994; art. 1, Decreto 536/2004), las entidades financieras de carácter estatal (arts. 13 y 15, Ley 1150/2007), los fondos de servicios educativos (arts. 11-14 Ley 715/2001), el Banco de la República (Banco de la República, 2010), las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones (art. 32, Ley 80/1993; Corte Constitucional, C-949/2001), las entidades exceptuadas en el sector defensa (arts. 13 y 16, Ley 1150), así como algunas empresas industriales y comerciales del Estado y ciertas sociedades de economía mixta (art. 93, Ley 1474/ 2011; art. 3.2.6.1, Decreto 734/2012).

Tendremos en consideración especial las entidades cuyos contratos se rigen por el derecho privado, ya que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha limitado expresamente la facultad de estas para imponer multas contractuales. Con ello se obstaculiza la gestión de dichas entidades, en la medida que se limita su posibilidad de apremiar a los contratistas a cumplir sus obligaciones íntegra y oportunamente. Además, frenar la facultad de imponer sanciones a las entidades del Estado sometidas al derecho privado puede resultar en una situación más limitada a aquella en la que se encuentran los particulares, a quienes se les ha reconocido tradicionalmente la posibilidad de establecer cláusulas penales de apremio, con una función “estrictamente punitiva” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 29 de abril de 1965).

Ante esta situación se muestran, en primer lugar, las diversas posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre la naturaleza, imposición y el cobro de las multas contractuales. Con el propósito de determinar la posibilidad de pactar, imponer y cobrar dichas multas unilateralmente,

se analizan los principales sistemas de multas contractuales que existen en el derecho comparado, así como de la cláusula penal de apremio, que es la institución equivalente del derecho civil. Tras describir los principales sistemas que se presentan en el derecho comparado, se identifica en cuál de estos encuadra el sistema colombiano, y mediante una operación deductiva se define el alcance de las multas contractuales o penalidades y de la cláusula penal de apremio en el ordenamiento colombiano. Una vez aclarado lo anterior, se expone la forma en que pueden imponerse y cobrarse las multas contractuales por parte de entidades estatales sujetas al derecho privado en Colombia.

II. METODOLOGÍA

En este estudio se realizó una investigación cualitativa de carácter descriptivo y analítico, acudiendo primero a un análisis inductivo para determinar el alcance que la legislación y jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano le han dado a las multas contractuales y las cláusulas penales de apremio. Tras ello, se realiza un análisis deductivo, para definir en cuál de los sistemas de Derecho comparado se enmarca el ordenamiento colombiano, lo que nos permite definir con mayor claridad el contenido de las instituciones jurídicas examinadas. A partir de la doctrina se definen las características de los sistemas de multas contractuales y cláusulas penales de apremio en el Derecho comparado para, a partir de una operación analógica, determinar el más semejante al sistema colombiano. Una vez establecida esta relación, se acude a fuentes primarias, como la legislación y jurisprudencia de los tribunales de primer y segundo nivel, con el objeto de definir la forma en que deben tratarse estas instituciones en nuestro ordenamiento.

III. ANTECEDENTES DE LAS MULTAS CONTRACTUALES EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

En el ordenamiento jurídico colombiano, el primer antecedente de las multas en contratos de la Administración se encuentra en el art. 46 del Decreto 2880/1959, en el cual se dispuso que el Gobierno en los contratos de suministro podría imponer multas en caso de morosidad. A

continuación, el Decreto 150/1970 previó el deber de incluir en los contratos la facultad de la Nación para imponer multas en caso de mora o incumplimiento parcial (art. 60). Tras ello, el Decreto 222/1983 estableció la inclusión forzosa de multas en los contratos administrativos, así como un procedimiento y unos requisitos para hacerlas efectivas por la Administración (arts. 16, 60, 71 y 73).

Sin embargo, con la expedición de la Ley 80/1993 se omitió la regulación de las multas en los contratos estatales. Esto generó un vacío legislativo al que respondió la Ley 1150/2007, estableciendo que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (art. 17).

IV. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SOBRE LAS MULTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

En este apartado se expone, en primer lugar, la posición del Consejo de Estado sobre la posibilidad de pactar multas en los contratos celebrados por la Administración Pública y de hacerlas efectivas de forma directa y unilateral en la entidad contratante. Como veremos, tras la expedición de la Ley 80/1993 y la supresión de la regulación de las multas contractuales, el Consejo de Estado mantuvo dos líneas jurisprudenciales en atención al régimen aplicable a los contratos. En los contratos celebrados por entidades estatales regidas por el derecho privado admitió el pacto de multas, pero su imposición se reservó al juez del contrato, mientras que en los contratos regidos por la Ley 80/1993 se admitió el pacto de multas, por considerar que no implicaba ninguna exorbitancia, así como la posibilidad de imponerlas de forma directa y unilateral por la entidad estatal contratante.

- a. Posición jurisprudencial sobre multas contractuales en contratos suscritos por entidades estatales sujetas al derecho privado: Pueden pactarse multas contractuales, pero estas deben ser impuestas por el juez del contrato**

Tras la expedición de la Ley 80/1993, el Consejo de Estado señaló que en un “contrato de derecho privado justiciable en sede de lo Contencioso Administrativo” pueden pactarse multas, pero estas “deben ser controladas y corregidas por el Juez del contrato”. Dicha competencia se le reserva al juzgador debido a que la “facultad de imponer multas de forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales”. La exigencia de habilitación legal a la imposición de multas se debe —para el Consejo de Estado— a que esta “es una manifestación del *poder coactivo* de que goza la Administración frente a los particulares (...) con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado” (Consejo de Estado, Exp. Nro. 9288, 1994).

Posteriormente, en el asunto resuelto mediante sentencia de 19 de agosto de 2004, señaló la Sala que la cláusula penal pecuniaria prevista en el Decreto 222/1983 “constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato”, que redime al contratante incumplido del deber de acreditar el daño y determinar su cuantía. Esta —considera la Sala, haciendo suyas las palabras de Christian Larroumet¹— es la función que también corresponde a la cláusula penal, aunque nuestro Código Civil permite también el cobro de la pena y la indemnización cuando así se acuerde expresamente (art. 1600, C. C.). Pero, en este ámbito, “deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido, para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado”. En este orden de ideas, el Consejo de Estado concluye que la cláusula penal y la multa no son ajenas al derecho privado, pero, a diferencia de lo que acontece en la contratación estatal, en los contratos sometidos al derecho privado se debe acudir al juez, para que determine “la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento” (Exp. Nro. 12.342).

¹ “(...) La cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación (...)” (Larroumet, 1999, p. 194).

En una providencia posterior, el Consejo de Estado agregó que la Ley 80/1993 buscó “apartarse de conductas perniciosas del pasado”, como se mencionó en su exposición de motivos. Había generado entonces especial preocupación la inclusión obligatoria de las cláusulas de multas, penal y pecuniaria, que podían ser impuestas mediante resolución motivada de la entidad contratante, y cobrarse directamente del saldo a favor del contratista o de la garantía constitutiva o, si esto no fuera posible, vía jurisdicción coactiva. Esta práctica —según la Sala— fue abolida con por la Ley 80, que estableció “criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria” (énfasis original). Sin embargo, se aclara, esto no quiere decir que no puedan pactarse dichas cláusulas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, si no que no pueden imponerse unilateralmente, lo que tendrá que solicitarse al juez del contrato (Consejo de Estado, 2005).

En sentencia de 30 de julio de 2008, el Consejo de Estado realizó un análisis de la anterior sentencia y formuló algunas precisiones. En primer lugar, el Consejo de Estado aclaró que para que se produzca un acto administrativo debe existir una habilitación legal o, en caso contrario, se generarían relaciones de poder contrarias al Estado de derecho. Sin embargo, la habilitación para la imposición de multas no se deriva implícitamente de ninguna disposición de la Ley 80/1993. En segundo lugar, afirmó que la imposición de multas constituye una exorbitancia. Tras citar algunos ejemplos de facultades unilaterales previstas en el derecho privado, la Sala encuentra que “la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la [A]dministración [P]ública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común”. La exorbitancia implica “la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado”. Ahora bien, la facultad unilateral de las entidades estatales de imponer multas contractuales es “una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa”. La entidad estatal es la única que tiene la posibilidad cobrarla

a través de descuentos o cobros ejecutivos, “posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista”. Dicha posibilidad —resalta la Sala— “debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado” (Consejo de Estado, Exp. Nro. 21.574, 2008).

b. Posición jurisprudencial sobre la inclusión de multas en contratos sujetos a la Ley 80/1993: Pueden pactarse multas, en cuanto estas no constituyen una exorbitancia, y pueden imponerse sanciones de forma directa y unilateral por la Administración

Mediante auto del Consejo de Estado de 6 de agosto de 1998 se resolvió si el incumplimiento de un contrato que da lugar a la imposición de multas debía ser declarado por el juzgador o por la Administración de forma directa y unilateral. La Sala consideró que la Ley 80/1993 no incluyó las multas dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, ya que las facultades unilaterales no son extrañas al derecho privado. Para ilustrar esta circunstancia, el Consejo hizo referencia a la cláusula penal y a la imposibilidad de retracto, las cuales constituyen penas para la inejecución o mora, con el propósito de conminar o apremiar al deudor. La posibilidad de acordar sanciones lleva, además, un alcance particular en los contratos celebrados por el Estado, ya que en este caso la contratación “tiene como propósito fundamental el desarrollo de los fines y principios que orientan a la [A]dministración [P]ública” (arts. 2 y 209, C. Pol.; art. 2, C. C. A.; y art. 3, Ley 80/1993). Esto faculta a la Administración para imponer y cobrar las multas contractuales por sí y ante sí, en atención al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos (art. 64, C. C. A.), así como a la teoría de la autotutela declarativa de la Administración, la cual le permite modificar unilateralmente las situaciones jurídicas en las que actúa (art. 3, Ley 80/1993). Por último, la Sala menciona que al ser el contratista un deudor de la Administración, opera, por virtud de la ley, la *compensación de deudas*, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil (Exp. Nro. 14.558).

Esta posición fue reiterada en la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, en la que fue aclarando asimismo algunos aspectos adicio-

nales. En la sentencia de 29 de junio de 2000, el Consejo de Estado recalcó expresamente que la posibilidad de imponer multas no es ajena al derecho privado, el cual constituye la fuente primaria de regulación de la contratación estatal (Exp. Nro. 16.756). Después, en sentencia de 20 de junio de 2002 indicó que las partes pueden trasladar la verificación de las circunstancias del incumplimiento a un tribunal de arbitramento y definir el procedimiento para ello (Exp. Nro. 19.488). Posteriormente, en sentencia de 13 de noviembre de 2008, el Consejo de Estado indicó que “la imposición de sanciones contractuales, por parte de la Administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos” (Exp. Nro. 17.009).

Vemos entonces que la Ley 80/1993 buscó abolir la imposición desmesurada de multas contractuales que se presentaba antes de su entrada en vigencia, por lo que eliminó su inclusión forzosa en los contratos estatales. Con ello no se prohíbe su inclusión, ya que las multas contractuales también se permiten en el derecho privado, pues buscan instar al obligado a cumplir las obligaciones contraídas. En todo caso, la facultad de imponerlas de forma unilateral es exclusiva de la Administración, pudiendo trasladarse a un tribunal arbitral la verificación de las circunstancias del incumplimiento. No obstante, al ser el contratista un deudor de la Administración, opera la compensación de derecho civil por ministerio de la ley.

c. Jurisprudencia posterior a la entrada en vigencia de la Ley 1150/2007: Las entidades estatales sujetas al derecho privado pueden pactar multas contractuales, pero no pueden imponerlas y hacerlas efectivas unilateralmente

Con la expedición de la Ley 1150/2007 las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas. Esta ley les confirió, además, la facultad de “declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”, así como de hacer efectivas las multas directamente, mediante mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía y la jurisdicción coactiva, entre otros (art. 17). A diferencia de los regímenes anteriores,

esta nueva norma estableció el carácter facultativo de la cláusula, con base en el principio de autonomía de la voluntad (*idem*).

Se plasmó así en una disposición legal la facultad que, como vimos anteriormente, ya tenía la Administración de pactar multas contractuales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como de declarar su incumplimiento y proceder a su cobro, en ejercicio de las facultades exorbitantes de terminar unilateralmente y declarar la caducidad del contrato (art. 14, Ley 80/1993). En otro aparte, se aclaró que la facultad de imponer las multas tiene “el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones” (*idem*, art. 17).

En definitiva, la Ley 1150/2007 recogió la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de multas contractuales, dando claridad sobre las facultades de la Administración en la materia.

En la sentencia del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2009, esta corporación recordó que —conforme a su jurisprudencia— las sociedades de economía mixta están sometidas al régimen de derecho privado². Seguidamente realizó un recuento de su jurisprudencia sobre la imposición de multas en contratos estatales, donde se concluye que el pacto de multas por el incumplimiento de obligaciones de derecho privado es válido, “conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada” (art. 1602, C. C.). No obstante, entendió que:

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, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado,

² Para la Sala, esto se debe a que dichas sociedades desarrollan actividades en las cuales deben actuar en términos equivalentes a los de los particulares, “sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entranen sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores” (Consejo de Estado, Exp. Nro. 12.342, 2004; y, Exp. Nro. 13.414, 2006).

determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa (Consejo de Estado, Rad. Nro. 25000-23-26-000-2001-01219-01 2009).

Para esta corporación, la imposición unilateral de multas requiere habilitación legal expresa y, al no contar con esta, el acto que la impone “se encuentra afectado por vicio de incompetencia”, lo cual “constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo (...) por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia” (idem).

Esta posición fue reiterada en la sentencia de 15 de noviembre de 2011 del Consejo de Estado, en la que la Sala manifestó adicionalmente que “es claro que las decisiones de la [A]dministración relacionadas con la imposición de multas y la declaración de caducidad del contrato constituyen actos administrativos autónomos”. Ambas, en todo caso hacen parte de las potestades exorbitantes del Estado, por lo que la imposición de multas y declaración de caducidad sin autorización expresa de la ley “vicia la decisión por falta de competencia” (Exp. Nro. 21178).

Posteriormente, en la sentencia de 30 de abril de 2014, la Sala indicó que antes de la Ley 1150/2007 las entidades estatales no estaban autorizadas “para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es, sin necesidad de acudir al juez del contrato”. Dichas entidades —señala la Sala— recobraron esa facultad con la expedición de la Ley 1150 (Exp. Nro. 27096).

Vemos así que la reintroducción de la facultad expresa de imponer multas (art. 17, Ley 1150/2007) no supuso, en principio, un cambio significativo en esta materia. La Administración contratante contaba con la facultad de pactar multas, en ejercicio de la autonomía de voluntad; imponerlas, en atención al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, y de la teoría de la autotutela declarativa de la Administración; y cobrarlas, ya que la compensación de derecho civil opera por ministerio de la ley.

Sin embargo, el Consejo de Estado asumió que la facultad de imponer y cobrar multas contractuales había nacido con la expedición de la Ley 1150/2007, no que esta solo le había dado el correspondiente reconocimiento. Por eso al considerar un origen a partir de dicha norma y olvidando su trasfondo civilista, vio esto como si se tratara de verdaderas facultades exorbitantes de la Administración contratante.

El Consejo de Estado entendió que el carácter exorbitante de una cláusula se desprende de la posición contractual privilegiada en que esta sitúa a la Administración, para conseguir la efectiva prestación del servicio. Por ende, si se pacta que ambas partes tienen los mismos poderes, “es decir, la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer”. Ahora bien, si el rompimiento de la simetría contractual beneficia únicamente al contratista, esta facultad sería ilegal y contraria a la satisfacción del interés general (sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. Nro. 56939).

Por otra parte, en pronunciamientos recientes, el Consejo de Estado ha avalado el pacto de cláusulas que, en principio, se considerarían excepcionales, en contratos suscritos por empresas prestadoras de servicios públicos que se rigen preponderantemente por el derecho privado

Además, el Consejo de Estado, en otro asunto, admitió la imposición de multas contractuales, siempre que se respete el debido proceso cuando vayan a hacerse efectivas por la Administración. En el pliego de condiciones de un contrato estatal de derecho privado celebrado por una empresa prestadora de servicios públicos, se había previsto el pago de multas, cuando el contratista desatendiera las órdenes impartidas por el contratante u omitiera atender los salarios y prestaciones sociales del personal vinculado. Al respecto, el Consejo de Estado juzgó que, por virtud del derecho al debido proceso, “la imposición de la multa sólo tiene lugar luego de que se ha comunicado al contratista y este ha tenido el momento suficiente para defenderse del cargo”. Además, dicha

colegiatura afirmó que “en cuanto al pago de la multa, debe también recordarse que la [A]dministración tiene la facultad para descontar directamente de las sumas adeudadas el valor de la multa impuesta o hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato”. En dicho asunto, la empresa prestadora de servicios públicos comunicó al contratista los hechos por los que se ordenaría la multa y le dio la oportunidad de pronunciarse al respecto; ocasión en la cual el contratista no demostró la imposibilidad objetiva de cumplir las obligaciones a cargo suyo. En consecuencia, el Consejo de Estado consideró que la imposición de multas era válida, ya que estaba amparada por un acuerdo precontractual y se había respetado el debido proceso (sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. Nro. 56562).

d. Posición de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado sobre la inclusión de multas en contratos suscritos por entidades estatales sujetas al derecho privado: Puede pactarse multas contractuales, así como pueden establecerse cláusulas penales, y pueden exigirse mediante acto administrativo, proceso ejecutivo o compensación

La Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado mantiene una posición un tanto diferente a la de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que fue expresada mediante el concepto de 25 de mayo de 2006, cuando resolvió una consulta formulada por el ministro de Defensa sobre la posibilidad de aplicar el principio de autonomía de la voluntad al pacto de multas en los contratos estatales (Exp. Nro. 1748).

La Sala consideró que el vocablo “imponer” del Decreto 222/1983 dio lugar a la generalización de un error, en cuanto denota una posición de superioridad, que llevó a suponer que en las relaciones de derecho privado no podían exigirse multas, ni cláusulas penales. Para la Sala, las multas no cuentan con una regulación propia en el derecho privado, pero se asemejan a las cláusulas penales, que también son una forma de regulación de los efectos del incumplimiento. Dichas cláusulas pueden entenderse como: (i) una tasación anticipada de perjuicios; (ii) “una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”; o (iii) como una garantía (*idem*).

Por otra parte, el Consejo de Estado señaló que la sanción derivada de las multas contractuales es susceptible de compensación, ya que las penas establecidas en los contratos de derecho privado son exigibles a partir de la mora del deudor, y si no se pagan voluntariamente, prestan mérito ejecutivo. De acuerdo con esto, la Administración podrá cobrar su valor al contratista, a través de actos administrativos en los que ejerce alguna de las potestades reconocidas en el art. 18 de la Ley 80/1993, adelantando un proceso ejecutivo contractual, o compensándolas “de acuerdo con las reglas generales del Código Civil” (idem).

Al afirmar expresamente que la imposición de multas no implica una posición supra-ordenada de la Administración y que estas pueden cobrarse a través de la compensación civil a partir de la mora del deudor, la Sala de Consulta Civil asumió una posición independiente de la de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

V. LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO EN EL DERECHO CIVIL COMPARADO Y COLOMBIANO

a. Los sistemas de cláusulas penales en el derecho comparado

En el derecho alemán la cláusula penal de apremio tiene un claro carácter coercitivo y punitivo, como en el derecho y español (Tribunal Supremo de España, Sentencia de 13 de octubre de 1995, FJ 4.^º) y en nuestro ordenamiento. Allí —por influencia pandectista— se reconoce abiertamente el carácter compulsivo de la “pena contractual” (*Vertragsstrafe*), la cual puede ser moderada por el juez cuando se considere desproporcionalmente elevada, salvo en los contratos comerciales (De Castro Vitores, 2009, pp. 33-37). Esta además tiene un carácter accesorio e independiente de la obligación principal, por lo que “se admite la acumulación de la pena junto al cumplimiento, siempre que concurren los presupuestos establecidos en este primer párrafo, esto es, cumplimiento inadecuado o retrasado” (Fuenteseca Degeneffe, p. 83). No se trata así de una indemnización, sino de una pena accesoria que busca el cumplimiento adecuado y puntual de la obligación u obligaciones principales.

Un enfoque diferente de la cláusula penal se encuentra en el derecho anglosajón, en el que se permite la evaluación anticipada de daños y perjuicios, pero como son nulas las penas privadas (*penalties*), el asunto debe determinarse por el juez, teniendo en cuenta la intención de las partes y la desproporción de las penas. Esta prohibición tiene raíces históricas, que se remontan al siglo XIII, cuando las penas convencionales fueron introducidas a Inglaterra por los banqueros italianos. Esto dio lugar a abusos que fueron percibidos como una forma de evadir la prohibición de usura de los tribunales de *equity* en el siglo XV. De esta forma, comenzó a rechazarse la ejecución de tales pactos, cuando pudieran dar lugar a una “injusta, extravagante e irrazonable cuantificación de los daños derivados del incumplimiento” (Castro de Vitores, 2009, pp. 38-76).

A su vez, en el derecho francés la pena ha sido tradicionalmente concebida con un carácter marcadamente indemnizatorio. Sin embargo, el principio de inmutabilidad de la pena, basado en la consagración de la fuerza de ley del convenio, ofrece agravar o atenuar la responsabilidad a través de la fijación de un *forfait* indemnizatorio. Así, una vez se permitió estipular la indemnización que exceda —incluso notoriamente— el daño previsible y efectivo, se dio cabida a cláusulas penales sancionatorias. Esto se prestó a abusos en contratos predispuestos de compraventa de bienes muebles a plazos y especialmente en contratos de *leasing*, lo que se puso de manifiesto en un informe de la *Cour de Cassation*, que permitió la reducción de la pena, inicialmente prevista para los casos de incumplimiento parcial, a situaciones de incumplimiento total (*idem*). De esta forma, los tres sistemas que en principio se diferenciaban con claridad, han ido acercándose a partir del principio de revisión de la pena excesiva, previsto también en el ordenamiento mercantil colombiano (art. 876, C. de Co.).

b. Las cláusulas penales de apremio en el derecho privado colombiano

La cláusula penal de apremio se apoya en el art. 1594 C. C., conforme al cual el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación principal y la pena “(...) a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por

el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal". Su objetivo, como señala Ospina Fernández (2001), radica "en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella" (2001, p. 143).

El art. 1594 C. C. permite así el cobro conjunto de la obligación principal y de la pena de apremio, mientras que el art. 1600 C. C. prohíbe el cúmulo de la pena y la indemnización de perjuicios, aunque no excluye el pacto expreso en contrario. Con ello, la doctrina ha considerado que la pena asume la función de apremiar al deudor, de la misma forma en que puede compelerlo al pago de las obligaciones de hacer, conforme al art. 1610, C.C. (ídem; Hinestrosa, 2006, p. 69; Pérez Vives, 2012, pp. 135-140).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia avala también la posibilidad de pactar cláusulas penales de apremio mediante acuerdo de partes. En el asunto resuelto mediante Sentencia de 23 de junio de 2000, la Sala manifestó que, "la pena se estipula precisamente para sancionar a un deudor incumplido, y generalmente con un rol recíproco para ambas partes". Sin embargo, la Corte indicó que:

[...] Siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal (...).

Vemos pues, que —conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema— la cláusula penal puede tener la función de sancionar al deudor incumplido, como en las multas pactadas en los contratos de las entidades públicas exceptuadas de la Ley 80/1993. Esto implica una "especie de autotutela privada", en cuanto suple la función liquidatoria de perjuicios de carácter judicial, y hace que prime en su configuración el principio de autonomía de la voluntad.

En Sentencia de 18 de diciembre de 2009, la Sala realizó un análisis prolijo de la evolución de la cláusula penal, remontándose hasta sus raíces en el derecho romano, en el cual la *stipulatio poenae* fue inicialmente concebida como “una prestación concreta a favor de otro en el evento en que un determinado suceso previsto por las partes ocurriera o no”. Tenía así un carácter indemnizatorio y sancionatorio, con el propósito de garantizar el cumplimiento de los pactos a los que no se les reconocía “obligatoriedad iure civil” en el derecho antiguo. Pero luego, se le concedió carácter obligatorio a todos los pactos, con lo que —como indica la Corte— el juez asumió la tutela de lo acordado y se fortaleció el carácter indemnizatorio del pacto.

Tras la caída del Imperio romano, el Fuero Juzgo —que fue la primera codificación posterior a la conquista visigoda de la Península Ibérica— adoptó la cláusula penal, otorgándole nuevamente una “condición de pena en caso de incumplimiento de lo pactado”. Posteriormente, el Fuero Real resaltó el carácter vinculante de los contratos, limitando, en todo caso, el monto de la pena al doble del objeto del contrato³. Y, tras ello, en las Siete Partidas se dejó el acuerdo de la pena al arbitrio de las partes, para concederle firmeza a las promesas, con lo que “es tangible el rol punitivo que ese estatuto le atribuye”.

Este carácter punitivo de la cláusula penal del derecho castellano trascendió a nuestro Código Civil. Como lo expone la Corte Suprema de Justicia, los artículos 1592, 1593, 1594, 1599, 1600 y 2486 C. C. no dejan duda del carácter punitivo, conminatorio e independiente de la cláusula penal, que expresamente reconoce la posibilidad de acumular la reclamación de la pena con la del perjuicio, e, incluso, haciéndola exigible, pese a que el acreedor no hubiese sufrido mengua alguna.

En consecuencia, no se puede negar la función de apremio de la cláusula penal. Así consta también en pronunciamientos de vieja data de la Corte Suprema, en los que manifestó que “(...) la finalidad de la cláusula penal es afirmar la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas y por lo tanto ella no autoriza al deudor para exonerarse

³ Una regla similar se estableció en el art. 867 de nuestro actual Código de Comercio.

del cumplimiento de esas obligaciones” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de marzo de 1961).

Con base en lo anterior, la Corte Suprema concluyó que “no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un pacto antelado de indemnización de perjuicios”. Esta, contrario sensu, “encierra, en lo medular, las nociones de coacción psicológica sobre el deudor (al momento de acordarse), y la de castigo cuando sobreviene el incumplimiento” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de diciembre de 2009).

Es claro así que en el derecho colombiano la cláusula penal no cumple una mera función indemnizatoria, sino que también puede establecer sanciones cuando las partes así lo dispongan, con el propósito de apremiar al deudor al cumplimiento de la obligación principal. Esta, de hecho, fue la función originaria de dicha cláusula en el derecho romano, la cual trascendió a las codificaciones visigodas y castellanas, alcanzando incluso el derecho civil español actual, en el que las cláusulas penales pueden ser “cumulativas” o “sustitutivas”, teniendo las primeras una función de apremio (arts. 1152.1 y 1153, C. C.)⁴. Vemos así que en nuestro ordenamiento se acoge un sistema de cláusulas penales de corte germánico o hispánico, por influencia del derecho ibérico.

⁴ “Según esta clasificación la cláusula penal puede ser cumulativa o sustitutiva dependiendo de que la obligación penal, nacida de la cláusula en el supuesto del incumplimiento o cumplimiento irregular previsto, se acumule a la obligación principal garantizada, —que sigue el régimen legal previsto para el caso de incumplimiento o cumplimiento irregular—, o le sustituya. (...) La cláusula penal cumulativa desempeña la función sancionadora o penal propiamente dicha, [(...) por lo cual es considerada] como la verdadera cláusula penal en sentido estricto o cláusula penal pura. Es realmente la modalidad más gravosa para el deudor ya que, en caso del incumplimiento previsto, el acreedor podrá exigir, además de la pena estipulada, el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, previa prueba de los mismos y de su cuantía. En el derecho antiguo se permitió mediante pacto expreso («rato manente pacto»), que autoriza para exigir [(...) la obligación] principal y la pena conjuntamente y en el caso de pena pactada, para el supuesto de retardo en el cumplimiento” (Sanz Viola, 2006).

VI. LOS SISTEMAS DE MULTAS O PENALIDADES DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DERECHO COMPARADO

Como vimos anteriormente, en el derecho comparado se encuentran tres sistemas de regulación de las cláusulas penales, el anglosajón, el francés y el hispánico-germánico. En estos ordenamientos, a su vez, se han desarrollado tres modelos diferentes de contratación pública, en los cuales las multas o *penalidades* —como se conocen en el derecho español— tienen una regulación disímil, como se muestra a continuación.

El derecho hispánico y el germánico tienen una concepción homogénea de la cláusula penal de apremio, como una sanción contractual accesoria, dirigida a conseguir el cumplimiento cabal de la obligación u obligaciones principales. Estos ordenamientos, no obstante, difieren sustancialmente en la forma en que se regula la ejecución de los contratos estatales, ya que en el derecho germánico no interviene el derecho público en la fase de ejecución, bajo la consideración de que el cumplimiento de todos los contratos debe someterse al derecho privado, como sucede también en Italia y Reino Unido (Medina Alcoz, 2014, p. 67).

En el derecho británico, por su parte, se aplica incluso un principio de libertad de selección del contratista en la fase de adjudicación, bajo la rúbrica “*contract with whomever they choose*”⁵. En todo caso, dejando al derecho privado la etapa de ejecución contractual, dichos países no se desentienden del interés público buscado con el contrato, sino que consideran que esto puede conseguirse dentro de los márgenes del derecho privado, bien sea a través de cláusulas contractuales, normas internas de contratación, formularios de contratos elaborados a nivel administrativo (*standard form contracts*), o mediante pliegos de condi-

⁵ Esta libertad, sin embargo, se encuentra bastante restringida en la actualidad, gracias al influjo del derecho comunitario, que se aplica principalmente a la fase de adjudicación, buscando la libre competencia, como instrumento al servicio del mercado único y el incremento del bienestar de los ciudadanos europeos, así como por la Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, de 15 de abril de 1994, suscrito “con miras a conseguir la liberalización y expansión cada vez mayor del comercio mundial y de mejorar el marco internacional en el que este se desarrolla” (González-Varas Ibáñez, 2003, pp. 213 y 251; Medina Alcoz, 2014, p. 68).

ciones (*standard conditions*) (Medina Alcoz, 2014, pp. 67-68; González-Varas Ibáñez, 2003, p. 452).

El modelo francés, implementado también en España y Grecia, es comúnmente caracterizado por la intervención del derecho público tanto en la fase de adjudicación, así como en la de ejecución del contrato. La fase de adjudicación está sometida a una férrea intervención a la Administración, “inspirada en el temor hacia el poder, cuyo objeto es controlarlo”. Mientras en la etapa de ejecución se configura un régimen inspirado en la teoría del servicio público, teniendo en cuenta que la necesidad de la sociedad de obtener dichos servicios le confiere a la Administración unas prerrogativas o poderes exorbitantes necesarios para prestarlos (Medina Alcoz, 2014, p. 73; González-Varas Ibáñez, 2003, p. 315).

El modelo francés, con un extenso arraigo histórico en el derecho administrativo colombiano (Rodríguez, 2015, pp. 39-42), se aplica actualmente a la contratación estatal de este país, donde tanto la adjudicación como la ejecución se encuentran reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En todo caso, el ordenamiento colombiano se aproxima en mayor medida al español, ya que —como se mostró anteriormente— la cláusula penal de apremio tiene en ambos un claro carácter punitivo o coercitivo, a diferencia del ordenamiento francés, en donde esta fue concebida con un carácter principalmente indemnizatorio. Luego es pertinente centrarse en el análisis del sistema español, por su semejanza al nuestro tanto en la regulación de la fase de ejecución de los contratos estatales como en la de la cláusula penal de apremio.

Consecuentemente con lo anterior, ambos ordenamientos establecen unas cláusulas especiales o prerrogativas de la Administración. Para el Consejo de Estado colombiano, como estas cláusulas son “inusuales” en los contratos de derecho privado, ya que facultan a la Administración a expedir decisiones unilaterales que rompen la simetría del contrato, no son viables en el derecho común (Consejo de Estado, Sentencia del 9 de abril de 1992, Exp. Nro. 6491; Sentencia del 7 de octubre de 1997, Exp. Nro. 10.703; Sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. Nro. 21574; Sentencia de 22 de octubre de 2012, Exp. Nro. 20.738; Sentencia

del 9 de septiembre de 2013, Exp. Nro. 25.681; Sentencia del 5 de marzo de 2015, Exp. Nro. 28.036). En sentido similar, en el ordenamiento español *las prerrogativas* rompen el carácter sinalagmático de la relación contractual, pudiendo ser impuestas unilateralmente al contratista gracias a los privilegios de ejecutoriedad y ejecutividad de las actuaciones administrativas. El contratista tiene así la carga de recurrir ante los tribunales el acto por medio del cual se imponen dichas decisiones unilaterales en caso de inconformidad (Castillo Blanco, 1996, pp. 202-203; Medina Arnáiz, et. al., 2014, pp. 328-329).

En España “[...] el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta” (art. 210, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP). A estas se añaden las prerrogativas de suspensión de los contratos, así como las de dirección, inspección y control (art. 230, TRLCSP), que se derivan de la prerrogativa de interpretación de los contratos administrativos. En nuestro ordenamiento, mientras tanto se encuentran “(...) las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad (...)”, así como la “cláusula de reversión”, que se aplica a los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado (art. 14, num. 2.º, Ley 80/1993).

Así, con el propósito compartido de garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público y cumplir así los fines del Estado, vemos que tanto en el ordenamiento español como en el colombiano se establecen unas cláusulas especiales o prerrogativas que introducen un desequilibrio en la relación contractual, ya que se imponen por decisión unilateral de la Administración. Sin embargo, no se encuentra la facultad de imponer multas dentro del listado original de dichas cláusulas,

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento, así como en el español, la Administración cuenta con facultades análogas de imponer multas que hayan sido pactadas en caso de incumplimiento o cumplimiento

defectuoso del contrato, pudiendo hacerse efectivas directamente por decisión de la entidad u órgano contratante mediante deducción de las cantidades debidas, compensación o cobro de la garantía (art. 17, Ley 1150/2007; art. 86, Ley 1474/2011; arts. 211 y 217, TRLCSP). Se trata entonces de instituciones análogas tanto en su concepción, como en sus efectos. Sin embargo, el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia contencioso-administrativa de ambos Estados ha sido diferente, como se muestra a continuación.

En un primer momento, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español (TS) manifestó que, “(...) las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador (...). Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento” (TS, Sentencia de 21 de noviembre de 1988, Rec. Núm. 1207, FJ 4.º). Esta posición fue expresamente reiterada en Sentencia de 10 de febrero de 1990 (Roj: STS 1129/1990, FJ 1.º).

Más recientemente y con base en la versión actual del texto del artículo 210 del TRLCSP, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sentó su posición jurisprudencial actual sobre la naturaleza de la penalidades, las cuales en “(...) el ámbito de la contratación pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una *función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal* (...). Son, por tanto, *estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate* (...)” (TS, Sentencia de 18 de mayo de 2005, Rec. Nro. 2404/2003, FJ 5.º, énfasis añadido).

Esta posición fue inmediatamente acogida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores del País Vasco (TSJ del País Vasco, Sentencia 756/2005, FJ 2.º), así como el de la Comunidad Valenciana (TSJ de la Comunidad Valenciana, Sentencia 1044/2008, FJ 2.º), y el de Castilla-León, que reiteradamente ha indicado que las penalidades tienen “en abstracto, la finalidad lógica de compeler al

contratista al cumplimiento del plazo final de ejecución de la obra” (TSJ de Castilla-La Mancha, Sentencia de 23 de julio de 2010, Rec. Nro. 217/2007, FJ 2.º; Sentencia de 21 de junio de 2011, Rec. Nro. 1822/2008, FJ 2.º; Sentencia de 21 de febrero de 2012, Rec. Nro. 3068/2008, FJ 3.º). Esta posición es asimismo admitida en la doctrina mayoritaria española⁶.

En definitiva, tanto en el derecho español como en el colombiano la cláusula penal de apremio tiene un propósito coercitivo enderezado a asegurar el cumplimiento de la obligación principal, por lo que puede exigirse junto a la indemnización de perjuicios, y ambos ordenamientos reciben la influencia del sistema de contratación pública francés, en el que la fase de ejecución del contrato hace parte de sistemas análogos de ordenación de la ejecución del contrato estatal, en los que, con el propósito de facilitar la prestación del servicio público, se reviste a la Administración de unos poderes exorbitantes o prerrogativas que rompen la igualdad del contrato, permitiendo que la entidad contratante imponga unilateralmente decisiones con carácter ejecutorio o ejecutivo. En ambos ordenamientos se prevé igualmente la posibilidad de pactar multas contractuales, que en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal puede exigir la entidad contratante mediante deducción de las cantidades debidas, compensación o cobro de la garantía.

La diferencia se encuentra en el propósito que los tribunales de cierre han adjudicado a las multas contractuales. El Consejo de Estado colombiano considera que estas son una expresión de exorbitancia de la Administración, partiendo de un acentuado influjo de la doctrina francesa, así como de una visión antigua de la contratación privada y estatal, desde la cual se entiende que el derecho privado persigue la justicia conmutativa, mientras que el público busca la justicia distributiva. Mientras, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo español y la doctrina de ese país, en coherencia con el sistema civilista

⁶ “La imposición de penalidades por demora, ha dado lugar a un amplio y extenso debate sobre la naturaleza jurídica de estas penalidades. La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria consideran que son estipulaciones de carácter accesorio, no tienen naturaleza de sanción administrativa, son cláusulas penales civiles, multas contractuales, con finalidad coercitiva, que no requieren un procedimiento previo” (Medina Arnaiz, et. al., 2014, p. 334).

hispanico, entienden que estas cláusulas no buscan más que compeler al contratista a cumplir la obligación principal pactada.

VII. EL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO

Dentro de la doctrina administrativista colombiana Benavides afirma que una vez aprobada la Ley 80/1993, la facultad de la Administración de hacer efectiva sus prerrogativas, entre ellas la imposición de multas contractuales, se limitó a unas finalidades específicas tendientes a “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”. Para el autor, esto se desprende del artículo 14 de la Ley 80/1993, en el cual se establece como objeto exclusivo que la Administración tiene la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. Añade, advierte que su pacto en contratos marcadamente comerciales se encuentra prohibida, por considerarse inconveniente, salvo en los de suministros y prestación de servicios (Benavides, 2006, pp. 184-185).

Para la Corte Suprema colombiana la cláusula penal implica una “*especie de autotutela privada*”, lo que representa un influjo histórico del sistema hispanico de regulación de la cláusula penal. De hecho, en el derecho civil español actual la pena es exigible tan pronto como el deudor entre en mora (en las obligaciones de dar o hacer) o en el momento en que realice la conducta que debía omitir (en las obligaciones de no hacer), requiriéndose únicamente una reclamación del deudor, lo que puede incluso obviarse cuando las partes así lo acuerden⁷. En el derecho alemán la eficacia de la pena contractual (*Verwirkung der Vertragsstrafe*) se somete a las mismas exigencias: la mora o la ejecución de

⁷ “Puede ser exigida desde el [(...) instante] en que se incurra en mora en el cumplimiento defectuoso que sanciona. Ahora bien, esto hay que entenderlo según las reglas generales de nuestra ley en la materia. De las que se sigue que en las obligaciones de dar o hacer la pena no puede ser exigida hasta que el deudor incurra en mora, hecho que generalmente no se produce [(...) de manera mecánica cada vez que haya que] cumplir y no se cumple, sino cuando, llegado aquel [momento], el acreedor exige el cumplimiento. Claro que puede pactarse que, llegado tal [(...) plazo] y no cumpliéndose, se incurra en la pena automáticamente, sin necesidad de que sea exigido el cumplimiento. En cuanto a las obligaciones de no hacer, es exigible la pena tan pronto se realiza el acto prohibido (arg. art. 1.099)” (Albaladejo, 1983, p. 470).

la conducta que el deudor se había obligado a no realizar (§ 339, BGB). A partir de dicho momento se presenta la “entrada en vigor de las circunstancias que permiten al acreedor exigir la pena”. De esta forma, la doctrina alemana considera que se presume la culpa del deudor en el incumplimiento, mas no así en España, aunque sí se aceptan pactos de este tipo (Fuenteseca Degeneffe, 2011, pp. 55-56).

El derecho civil colombiano siguió en este aspecto la tradición romana y española —como lo indica Ospina Fernández— por lo que para la exigibilidad de la pena únicamente se requiere que el deudor ejecute el hecho que se ha obligado abstenerse (art. 1495.2, C.C.) o, en caso de obligaciones positivas, que el deudor se constituya en mora (arts. 1594 y 1595.1, C.C.). Ha suscitado dudas el art. 1595 C.C.⁸, tomado del art. 1230 del Código Civil francés, que puede dar a entender que siempre es necesario reconvenir judicialmente al deudor, aun cuando se hubiere exigido un término para el cumplimiento de la obligación principal. Esta es una interpretación válida en el derecho francés, ya que en éste se requiere la reconvencción del deudor, salvo estipulación en contrario. Sin embargo, en el derecho colombiano se considera que el deudor está en mora “[c]uando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora” (art. 1608, núm. 1º, CC). Esto, en todo caso, supone la culpa del deudor, por lo que éste no estará obligado a pagarla cuando se presente caso fortuito o culpa exclusiva del acreedor (Ospina Fernández, 2001, pp. 146-148).

Como se mostró anteriormente, en el carácter preventivo y punitivo de la cláusula penal se diferencia el derecho civil colombiano del francés⁹. Por tanto, no es admisible la interpretación doctrinal que —con base

⁸ Art. 1595 C. C. “*Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva*”.

⁹ El art. 1226 del Código Civil francés define la cláusula penal como: “[...] *aquella por la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a alguna cosa en caso de incumplimiento*”. Mientras, su art. 1229 dispone que: “*La cláusula penal es la compensación por los daños y perjuicios que ha sufrido el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. Éste no podrá reclamar al mismo tiempo la obligación principal y la pena, a menos que ésta hubiera sido estipulada para el simple retraso*”.

en la doctrina francesa— sostiene que en el ordenamiento colombiano las cláusulas penales constituyen únicamente una tasación anticipada de perjuicios, ante lo cual solo son procedentes las multas por desacato de una providencia judicial¹⁰. Esta fue justamente la posición asumida por el Consejo de Estado en su sentencia de 19 de agosto de 2004, en la que explícitamente parte de la teoría del Larroumet (Exp. Nro. 12.342).

De lo anteriormente expuesto se colige, a su vez, que la posibilidad de pactar sanciones contractuales no es, en lo absoluto, exclusiva de la Administración Pública. Como señala Chavarro Cadena —haciendo referencia al art. 876 C. de Co. en el que se regula la cláusula penal en materia mercantil— “a riesgo de ser superflua la advertencia, los términos sanción y pena, no son exclusivos del derecho sancionador, y en materia de contratos, no necesariamente hay que ser autoridad pública para poderlas exigir” (2011, pp. 639-640). El renacimiento de las penas privadas es, de hecho, la tendencia doctrinal europea, como señala Espín Alba (1997, pp. 37 y ss).

Vemos pues que en el ordenamiento colombiano, así como en el derecho comparado, es válido el pacto de cláusulas penales que sancionen el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de obligaciones contractuales entre particulares. Dichas sanciones son exigibles cuando el deudor realice la acción que se obligó a no hacer, o cuando se constituya en mora, esto es, cuando se cumpla el pazo estipulado o, si este no se hubiera pactado, cuando sea requerido por el acreedor.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe considerarse la posibilidad de que se pacten e impongan las cláusulas penales a favor de entidades públicas exceptuadas de la Ley 80/1993, conforme al régimen de derecho priva-

¹⁰ “(...) La ‘multa’ es una amenaza con finalidad y función intimidatoria, de fuente exclusivamente judicial, aplicable en la hipótesis de desobediencia de una orden o condena pronunciada en proceso, que derivará en un menoscabo patrimonial del renuente, susceptible de agravación en la medida de su resistencia, y cuya cuantía se mide en atención a las facultades del deudor, a sus posibilidades de resistencia, y no al compás del perjuicio padecido por el acreedor, con lo cual se resalta el juego y la articulación de conceptos y funciones: no sanciona o amenaza con sancionar el incumplimiento de una obligación, sino el desacato a la providencia judicial” (Hinestrosa, 2007, pp. 223; Valencia Zea, 1986, pp. 358-362).

do, y que estas se hagan efectivas mediante la compensación del derecho civil, en caso de que dichas entidades sean deudoras recíprocas del contratista sancionado, conforme a lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Concepto de 25 de mayo de 2006, Exp. Nro. 1748) y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo anterior a la entrada en vigor de la Ley 1150/2007 (Auto de 6 de agosto de 1998, Exp. Nro. 14.558; Sentencia de 29 de junio de 2000, Exp. Nro. 16.756; Sentencia de 20 de junio de 2002, Exp. Nro. 19.488; Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. Nro. 17.009).

En definitiva, como se vio anteriormente, con la Ley 1150/2007 la compensación del derecho civil fue simplemente reconocida, ya que esta venía siendo aplicada por el Consejo de Estado a partir de las normas de derecho privado. No tiene sentido así que dicho reconocimiento lleve a una suerte de trasmutación de la institución de la compensación, como la que se presentó en la jurisprudencia que pasó a otorgarle un carácter netamente administrativo.

La compensación es un modo de extinguir obligaciones que opera cuando dos personas son mutuamente acreedoras y deudoras (art. 1714, C. C.). Esta actúa por ministerio de la ley, produciendo la extinción de las deudas recíprocas, cuando las obligaciones de las partes sean: (i) “de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad”; (ii) “líquidas”; y, (iii) “actualmente exigibles” (art. 1715, C. C.). El Código Civil colombiano define las cosas fungibles como “aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, dentro de lo que se incluyen expresamente las “especies monetarias” (art. 663, C. C.). Sin embargo, la doctrina señala que la referencia al carácter fungible e indeterminado requerido para que opere la compensación “quiere decir que las cosas sean ‘fungibles entre sí’, es decir, que las dos obligaciones recaigan sobre cosas que indistintamente pueda servir para solucionar una u otra; de manera que la fungibilidad o indeterminación de las cosas debe existir no con relación al género a que la cosa pertenece, sino con relación a las obligaciones de otra” (Alessandri Rodríguez, 1988, pp. 449-455). Con esto, quedan excluidas las obligaciones sobre cuerpos ciertos, así como las obligaciones de hacer y las que tienen por objeto una abstención (Ospina Fernández, 2001, p. 425).

Por otra parte, para que una deuda sea líquida debe estar determinada su cuantía, lo que, como es lógico, se requiere para que opere la compensación. Esto, sin embargo, no implica que el monto tenga que estar determinado en un guarismo fijo, pues basta que este pueda liquidarse con una “operación matemática, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas” (art. 491, C. de P. C.; art. 424, C. G. P.; Ospina Fernández, 2001, p. 428; Alessandri Rodríguez, 1988, 449-445). De hecho, esta exigencia se flexibilizó en la reciente reforma francesa del derecho de obligaciones y contratos, en la cual la obligación se considera que es “determinada o determinable”, cuando la misma pueda deducirse del contrato, de los usos o de anteriores relaciones de las partes (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2016, pp. 23-26).

Por último, las obligaciones deben ser exigibles, lo que se explicó previamente. Debe, en todo caso, tenerse en cuenta aquí que las “(...) esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor” (art. 1715, inc. final). Con *esperas* se hace referencia en el derecho francés a las prórrogas convencionales que, en definitiva, no son más que un nuevo plazo, con la misma eficacia del plazo original, por lo que — como señala Ospina Fernández — resulta redundante la referencia que a ellas se hace. Los *plazos de gracia* son autorizados por el juez en el derecho francés, para concederle al deudor una oportunidad después de que el plazo en derecho se hubiera vencido. Sin embargo, en el derecho colombiano no existen normas que lo autoricen (2001, pp. 426-427).

Cumpléndose las anteriores condiciones, opera la compensación legal, por lo que las entidades estatales sujetas a un régimen especial de contratación podrían retener el pago de cantidades adeudadas a los acreedores, hasta el monto de la cláusula penal de apremio o multa contractual. Conforme a lo dispuesto en el art. 1715 C. C., la “(...) compensación se opera por el solo ministerio de la ley aun sin el conocimiento de los deudores (...)”. Por tanto, no se requiere el consentimiento de las partes para que produzca efectos, ni una “sentencia judicial constitutiva, vale decir, de aquellas que crean, modifican o extinguen una relación jurídica”. En este orden de ideas, un vez se produzca el supuesto fáctico, esto es, “la coexistencia de dos obligaciones en que

las partes sean acreedoras y deudoras recíprocas”, se extinguirán las deudas hasta concurrencia de sus valores (*idem*, p. 429).

Por otra parte, debemos tener en cuenta que “cuando hay varias deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago” (art. 1722, C. C.). Así pues, en caso de que existan varias relaciones jurídicas entre una entidad pública exceptuada del régimen de la Ley 80/1993 y un contratista al que se aplique una cláusula penal, dicha entidad podrá retener lo que deba a dicho contratista por conceptos diferentes hasta el monto de la cláusula penal. En tal caso, la entidad deberá seguir las reglas de la imputación del pago, de acuerdo con las cuales: a) la compensación solo se considerará efectuada cuando el deudor decida a cuál de las suyas se le imputa (art. 1654, C. C.); y, b) la imputación deberá hacerse primeramente a los intereses y luego al capital, porque este es un derecho del acreedor (art. 1653, C. C.).

Se presentarían entonces dificultades para la entidad contratante, en caso de que el contratista que tenga varias relaciones jurídicas se niegue a decidir a cuál de las deudas se le imputa la compensación, ya que así dilataría el momento en el que opera la compensación. Teniendo en cuenta este punto, la entidad contratante podría abstenerse de suscribir nuevos contratos con quienes deban el pago de cláusulas penales.

Ahora bien, en caso de que no sea procedente la compensación legal, porque no concurren los requisitos exigidos o se presente otra circunstancia, como cuando uno de los acreedores debe un cuerpo cierto y el otro debe dinero o no son aún liquidables, podrá producirse una “compensación convencional”. De hecho, esta fue la primera forma en que se concibió el pago por compensación, y se entiende que está permitida al no encontrarse norma jurídica que lo prohíba (*idem*, pp. 437-438). En este caso, la compensación podría producirse por un acuerdo entre la entidad sujeta a un régimen privado de contratación y el contratista sancionado en el momento de la liquidación del contrato.

Debemos tener en cuenta que este acuerdo compensatorio también podría entenderse como una transacción, que es “un contrato por el que las partes terminan anticipadamente un litigio eventual” (art. 2469, C.

C.). Esto, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, requiere: “a) La existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) Su voluntad e intención manifestada de ponerle fin sin la intervención de la justicia del Estado; y c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen”. Por tanto, esta operación podría requerir concesiones por parte de la entidad contratante, lo que no se requiere en la compensación. Ahora bien, una vez se haya producido la transacción ajustada a tales requisitos, se producirán sus efectos que consisten en “(...) cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de febrero de 1971).

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el caso resuelto por el Consejo de Estado mediante sentencia de 16 de junio de 2011, en el que este tribunal señaló que “(...) para que se extinga una obligación por el modo de la compensación, los artículos 1714 y 1715 del C. C. exigen que dos personas sean deudoras una de otra y, por eso, la compensación opera *por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores*” (énfasis añadido), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el Código Civil, a los cuales se hizo referencia anteriormente. Al cumplirse dichas condiciones, el Consejo de Estado entiende que “(...) se extinguen las deudas y, por ende, quienes eran titulares de las mismas pueden oponer la compensación frente a cualquier reclamo que se haga para el pago de las mismas. (...) Con mayor razón si ese mecanismo de extinción de las obligaciones fue parte de un contrato de transacción con el mismo fin” (énfasis añadido). En este orden de ideas, el Consejo de Estado considera que:

(...) El acto administrativo en el que la [A]dministración [P]ública declara la compensación o procede a efectuar la compensación u ordena hacer lo propio para que la misma surta efectos, no es en sí un acto constitutivo de las situaciones jurídicas aludidas, pero sí es un acto declarativo en el sentido de que, si bien no produce efectos nuevos y diferentes a los que nacen de la compensación misma y de la transacción, sí permiten conservar el derecho preexistente que se deriva de estos modos de extinguir las obligaciones (Exp. Nro. 16754).

En este orden de ideas, es claro que el Consejo de Estado admite que se pacte la extinción de obligaciones mediante un acuerdo de transacción. Aparte de eso, reconoce que el acto por el que una entidad se opone al cobro de una deuda compensada, o se declara o hace efectiva la compensación, no es un acto constitutivo, sino declarativo. Este no es pues un acto que contenga una manifestación unilateral de una entidad estatal dirigida a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada, sino simplemente a declarar una situación jurídica existente. No reúne así las condiciones que —de acuerdo con lo manifestado en el Auto del Consejo de Estado de 20 de febrero de 2014— conforman la esencia de un acto administrativo. Por tanto, es un acto contractual que no requiere norma legal que expresamente faculte a la entidad.

CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo anterior, las entidades estatales sujetas al derecho privado en sus relaciones contractuales tienen la facultad de: (i) pactar cláusulas penales de apremio, por las que se sancione el incumplimiento del contratista; (ii) compensar el monto de la multa con las deudas que tenga con el contratista sancionado, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el Código Civil; (iii) hacer efectiva dicha compensación mediante un acto declarativo. En este orden de ideas, solo le estaría vedada a dichas entidades la posibilidad de proceder al cobro unilateral de la multa impuesta mediante cláusula penal de apremio, cuando no existan deudas mutuas que den lugar a la compensación. En tales casos, deberá acudir la entidad al juez del contrato, para exigir la sanción establecida en la cláusula penal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Albaladejo, M. (1983). De las obligaciones con cláusula penal. En M. Albaladejo (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 2, arts. 1.125-1.155, (p. 470), Edersa, Madrid.
- Alessandri Rodríguez, A. (1988). *Teoría de las obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur.

- Benavides, J. L. (2006). Contencioso contractual en Colombia. Flexibilidad del control e inestabilidad del contrato. *Revista Derecho del Estado*, 18, pp. 183-212.
- Banco de la República de Colombia. (Agosto, 2010). *Boletín Nro. 23*. Bogotá: Autor.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). La reforma francesa del derecho de obligaciones y contratos (2). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4., pp. 103-106.
- Castillo Blanco, F. (1996). Las prerrogativas de la Administración Pública en la contratación pública. En F. Castillo Blanco (Edit.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Ed. Comares, pp. 181-198.
- Chavarro Cadena, J. E. (2011). *Código de Comercio. Comentarios, concordancias, doctrina y jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Nueva Legislación.
- De Castro Vitores, G. (2009). *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*. Madrid: Dykinson.
- Espín Alba, I. (1997). *La cláusula penal*. Madrid: Marcial Pons, Edit.
- Fuenteseca Degeneffe, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 13, pp. 61-110.
- González-Varas Ibáñez, S. (2003). *El contrato administrativo*. Madrid: Ed. Civitas.
- Hinestrosa, F. (2006). El contrato de promesa. En J. A. Goddard, *Derecho civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 43-70.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes* (3ra. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato*, Vol. II. Bogotá: Editorial Temis.
- Medina Alcoz, L. (2014). Fundamentos político-constitucionales del derecho público de los contratos. En M. Yzquierdo Tolsada, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 45-89.
- Ospina Fernández, G. (2001). *Régimen general de las obligaciones* (7.ª ed.). Bogotá: Edit. Temis.
- Pérez Vives, Á. (2012). *Teoría general de las obligaciones* (4.ª ed.), Vol. II, 2.ª Parte. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2015). *Derecho administrativo general y colombiano* (19.ª ed.). Bogotá: Ed. Temis.

- Sanz Viola, A. M. (2006). *La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Medina Arnáiz, T. (2014). Los contratos del sector público. Formación y vicisitudes. En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (pp. 328-329). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi.
- Valencia Zea, A. (1986). *Derecho civil*. Tomo III (de las obligaciones) (7.^a ed.). Bogotá: Temis.

Normas jurídicas

- Reino de España. (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).
- República de Colombia. (1994). Ley 142, *por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia. (1992). Ley 30, *por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*.
- Presidencia de la República. (1994). Decreto 1876, *por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298/1994 en lo relacionado con las empresas sociales del Estado*.
- Presidencia de la República. (2004). Decreto 536, *por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100/1993*.
- República de Colombia. (2007). Ley 1150, *por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80/1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*.
- República de Colombia. (2001). Ley 715, *por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01/2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros*.
- República de Colombia. (1993). Ley 80, *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.
- República de Colombia. (2011). Ley 1474, *por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*.

Presidencia de la República. (2012). Decreto 734, *por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-949, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1992). Sentencia de 9 de abril sobre Exp. Nro. 6491. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1994). Sentencia de 21 de octubre sobre Exp. Nro. 9288. C. P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1994). Sentencia de 7 de octubre sobre Exp. Nro. 10703. C. P. Juan De Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998). Auto de 4 de junio sobre Exp. Nro. 13.988. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2000). Sentencia de 29 de junio sobre Exp. Nro. 16.756. C. P. Ricardo Hoyos.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002). Sentencia de 20 de junio sobre Exp. Nro. 1948. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2004). Sentencia de 19 de agosto sobre Exp. Nro. 12.342. C. P. Ramiro Savedra Becerra.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2005). Sentencia de 20 de octubre, Exp. Nro. S-00357, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2006). Sentencia de 6 de febrero sobre Exp. Nro. 13.414. C. P. Ramiro Savedra Becerra.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006). Concepto de 25 de mayo sobre Exp. Nro. 1748. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 30 de julio sobre Exp. Nro. 21.574. M. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 30 de julio sobre Exp. Nro. 21574. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 13 de noviembre sobre Exp. Nro. 17009. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2009). Sentencia de 23 de septiembre. Rad. Nro: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639). C. P. Myriam Guerrero de Escobar.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (2011). Sentencia de 16 de junio sobre Exp. Nro. 16754. C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2011). Sentencia de 15 de noviembre sobre Exp. Nro. 21178. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2012). Sentencia de 22 de octubre. Exp. Nro. 20738. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2013). Sentencia de 9 de septiembre sobre Exp. Nro. 25.681. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2014). Sentencia de 30 de abril. Exp. Nro. 27096. C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2015). Sentencia de 5 de marzo sobre Exp. Nro. 28036. C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2017). Sentencia de 20 de febrero sobre Exp. Nro. 56939. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2017). Sentencia de 20 de febrero sobre Exp. Nro. 56562. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1961). Sentencia de 6 de marzo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1965). Sentencia de 29 de abril. Rep. Nro. 2.434.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1971). Sentencia de 22 de febrero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998). Auto de 6 de agosto sobre Exp. Nro. 14.558.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1998). Sentencia de 20 de agosto sobre Exp. Nro. 14202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2000). Sentencia de 23 de junio. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2009). Sentencia de 18 de diciembre. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (1988). Sentencia de 21 de noviembre sobre Rec. Núm. 1207. M. P. Ramón Trillo Torre, Fundamento Jurídico 4.º.
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (1990). Sentencia de 10 de febrero sobre Roj: STS 1129/1990. M. P. José Duret Abeleira. Fundamento Jurídico 1.º.
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (1995). Sentencia de 13 octubre sobre Rec. Nro. 4392/1992. M.P. Pedro José Yagüe Gil. Fundamento Jurídico 4.º.
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2005). Sentencia de 18 de mayo sobre Rec. Nro. 2404/2003. M. P. Celsa Pico Lorenzo, Fundamento Jurídico 5.º.
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 756/2005, de 7 de noviembre. M. P. Luis Javier Murgoitio Estefanía, Fundamento Jurídico 2.º.
- Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1044/2008, de 14 de octubre. Rec. Nro. 4066/2006. M. P. Estrella Blanes Rodríguez, Fundamento Jurídico 2.º.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2010). Sentencia de 23 de julio sobre Rec. Nro. 217/2007. M. P. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2011). Sentencia de 21 de junio sobre Rec. Nro. 1822/2008. M. P. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (2012). Sentencia de 21 de febrero sobre Rec. Nro. 3068/2008. M. P. Antonio Jess Fonseca-Herrero Raimundo.