

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA APLICACIÓN DE MULTAS AL INTERIOR DEL CONTRATO ESTATAL

Jenny Fernanda Bayona¹

RESUMEN:

Siendo las multas una de las principales manifestaciones de los poderes exorbitantes atribuidos al estado administrador, se abordará a continuación un escrito que contiene un inicial estudio de la legalidad y la autonomía de la voluntad al interior de la contratación estatal, seguido de un breve estudio respecto de las denominadas potestades excepcionales del estado que se encuentran en el marco de la teoría de las potestades sancionatorias del mismo. Posteriormente se estudiará el concepto de multas dentro de la contratación estatal, su tratamiento doctrinal y jurisprudencial respecto al momento del contrato en el que pueden ser aplicadas, así como las teorías respecto de su carácter exorbitante en un sentido puro que permitiera hacerlas valer aun sin haber sido pactadas. Finalmente se estudiará la circunstancia de la imposición de multas por parte del estado, y su relación directa con los principios de legalidad y autonomía de la voluntad en el marco de una contratación reglada.

ABSTRACT:

Being all the fines one of the main manifestations of the powers that managing an exorbitant state, It will abboard a written document that contains an initial study of the principles of legality and will autonomy within the state contract, that will be follow by a brief discussion about the remain exceptional powers of the state wich are inside at the

¹ Abogada, Especialista en _____. Artículo para optar al grado de Magister en Contratación.

framework of the theory of punitive powers. Subsequently it will be study all the theme about fines within state contracting, follow by all the doctrine and jurisprudence regarding the timing of contract which can be applied and studied, as well as theories about its potestative nature in a pure sense that would make them valid in law even without been agreed. Finally, it will be study the fact about imposition of fines by the state, and its direct relationship with the principles of legality and autonomy in the context of a formal contract.

PALABRAS CLAVE:

Legalidad, Autonomía de la Voluntad, Multas, Potestad Sancionadora, Exorbitancia

KEY WORDS:

Legality, Will's Autonomy, Fines, Sanctioning Powers, Exorbitant

INTRODUCCION:

Los principios que rigen la contratación estatal constituyen uno de los pilares más fundamentales de su actuación reglada y manifiestamente sui generis en comparación con otros tipos de negocios jurídicos en los que pueden actuar los particulares.

De allí que cobra significancia la legalidad como sujeción expresa del ordenamiento a conductas especiales que se exigen tanto de la administración como de sus funcionarios y sus actividades, y, de otro lado, la autonomía de la voluntad que no es más que la manifestación del consentimiento en su forma ideal y vinculante al interior de una obligación que se contrae dentro del negocio jurídico.

De este modo, y a través del uso de la metodología sistemática para analizar la información recogida del primer ensayo investigativo, se establecerá a continuación un recorrido sobre uno de los aspectos que mayor controversia genera cuando se comparan los principios de legalidad y autonomía de la voluntad se trata: ¿Es la multa un elemento que desfigura la relación entre los principios de autonomía de la voluntad y legalidad, o, por el contrario, es uno de los puntos de encuentro que les permite una coexistencia?

Así, una vez determinado el rol de tales principios en la contratación, se realiza a continuación un estudio breve respecto de uno de los temas que más ha suscitado posiciones encontradas no sólo en la doctrina sino también al interior del máximo tribunal de lo contencioso administrativo: las multas y su deber para ser o no pactadas al interior del contrato estatal.

Y es que su diferenciación a lo largo de los años abarca grandes periodos con legislaciones fundantes de la contratación estatal, como lo son el decreto 222 de 1983, la ley 80 de 1993

y la ley 1150 de 2007, las cuales, han generado en la doctrina y en la jurisprudencia un choque elemental que ha intentado separar dos aspectos básicos frente al tema cuales son, el tipo de vinculatoriedad y potestad para ser pactadas bilateral o unilateralmente, y, en caso de incumplimiento del objeto para el cual se establecieron como prevención y castigo, cual es la potestad que se le otorga a la administración para hacerlas efectivas, si , a través de la jurisdicción o como ejercicio de potestad sancionatoria, de manera unilateral.

En este sentido, se estudiará el caso del derecho contractual público en México y la forma en la cual las multas y la cláusula penal pecuniaria han sido denominadas y tratadas frente a los actos contractuales propios de dicho país, sin dejar de lado aspectos comunes y aspectos lejanos que se resaltan como elementos muy relevantes en el estudio que se realiza a través del presente ensayo esencialmente sobre la naturaleza de las multas.

Éstas, derivadas directamente de la potestad sancionatoria del estado, han sido inspiradoras de múltiples teorías al respecto, por lo que a continuación y en el desarrollo del presente escrito, se estudiarán desde un punto de comparación que yuxtapone los principios de legalidad (al ser las multas aquellas reglamentadas previamente) y autonomía de la voluntad (como expresión voluntaria del contratista) en los eventos en los que se predica que pueden validarse aún sin haber sido previamente previstas por las partes en el contrato estatal.

LA LEGALIDAD Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación estatal, desde tiempos remotos ha sido reconocida como una actividad reglada, la cual, al llevar en su finalidad motivaciones colectivas y generales, conlleva una admisión universal que implica y expone que su sometimiento abierto a las normas del derecho sea considerado una obligación jurídica y de orden para el pleno funcionamiento del aparato estatal. (Rivero.1970. P 14)

De un lado, la actividad contractual se encuentra regulada por la normativa nacional y supranacional vigente, y de otro, se rige por aquellos principios básicos que explican y justifican el derecho mismo, que le sirven de base y de sustento a toda la actividad desplegada por la administración y en especial, aquella de ejecución para el logro de los fines plasmados, destacándose en especial aquellos dos que constantemente se han encontrado en comparación y relación: autonomía de la voluntad y legalidad.

Los postulados de la ley 80 establecen en su artículo 32 la definición del contrato estatal y exponen que éste ha de derivarse del ejercicio de la autonomía de la voluntad. En el mismo sentido, el artículo 40 autoriza a las entidades estatales para que puedan celebrar contratos y acuerdos que permitan el ejercicio de la autonomía y para lograr el cumplimiento de los fines estatales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la autonomía de la voluntad no es otra que el respeto contractual por la autodeterminación de los derechos de un sujeto con fundamento en el ejercicio pleno de su libre albedrío; y por su parte, la legalidad implica la sujeción a la

normativa y al poder público en sus diferentes separaciones. Y es esto lo que la diferencia de la contratación privada cuya ley principal se determina a partir de la manifestación de la autonomía de la voluntad. (Lamprea. 2007. P 45)

De otro lado, el desarrollo de la actividad estatal debe sujetarse a un entramado normativo que se encuentra plenamente definido para aquellos actos contractuales propios del negocio jurídico, pero también para aquellos eventos en los que se ejecutan potestades propias del administrador en sentido sancionatorio e incluso garantista dadas las condiciones generales de satisfacción del interés colectivo que éste comporta.

Por ello, existencia de instituciones tales como la cláusula compromisoria al interior del contrato estatal, podría concebirse para algunos sectores de la doctrina como una institución poco aplicable al derecho administrativo y de carácter excepcional y restrictiva por ser propia del derecho privado y de la autonomía de la voluntad. (Sáchica. 1976. P 92 y 93).

Es pues, la aplicación de éste tipo de predicados los que indican que en un principio, la legalidad y la autonomía de la voluntad podrían verse enfrentadas en un escenario de contratación estatal, toda vez que la existencia de una implicaría la disminución y práctica extinción de la otra en escenarios tales como los del ejercicio de una potestad sancionatoria del estado.

Así pues, se abre un debate respecto al hecho de que, como institución reglamentada y propia del derecho público, se hable de las potestades excepcionales administrativas frente al consentimiento del contratista, puesto que en éste estado de cosas, es la administración quien escoge la medida establecida y reglamentada a aplicar de entre aquellas que le han sido conferidas.

EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO EN EL CONTRATO ESTATAL:

Atendiendo a la especialidad de las actividades desarrolladas por la administración y reconociendo el deber de respeto y sujeción por las normas supralegales y nacionales que rigen su accionar, se desarrolla un principio propio del derecho público que transfiere al estado la facultad para sancionar conductas contrarias a los fines primordiales de lo público y del interés general. (Benavides. 2008. P 322 y stes)

En este sentido ésta potestad sancionatoria no es más que una atribución propia que se le otorga al estado para que jurídicamente pueda imponer sanciones a los particulares y a los funcionarios que trasgredan las disposiciones, mandatos y prohibiciones. (Ossa. 2000. P 126)

Se le han atribuido además, algunos elementos esenciales y finalidades que constituyen en últimas un respeto a principios tales como la legalidad, el debido proceso y la razonabilidad. Así, lo ha manifestado el Consejo de Estado a través de sentencia de 13 de noviembre de 2008 donde ha expresado:

“...La Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios

del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales.”

Tal posición jurisprudencial se evidenció a lo largo de los años, donde, a manera de corolario y a través de sentencia C 853 de 2005 la Corte Constitucional por su parte estableció que: “En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador”

Así pues, el estado puede imponer de manera directa sanciones que la ley le ha prescrito. Pero sin dejar de lado aquellos aspectos que le sirven de sustento y que permiten actuaciones sancionatorias adecuadas a los principios generales del derecho y demás normativas aplicables para éste efecto.

En materia de contratación estatal, ésta potestad se manifiesta a través de las denominadas CLAUSULAS PENAL PECUNIARIA Y DE MULTAS, las cuales se estudiarán a continuación:

LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: EVOLUCIÓN, FINALIDADES Y CONCEPTUALIZACIÓN

Diferenciándolas de las denominadas cláusulas abusivas del derecho privado², las potestades excepcionales de la administración en lo atinente a contratación, contienen elementos exclusivos y únicos que permiten de manera legal que pueda asegurarse que la administración encuentra una posición de ventaja dentro de la contratación estatal.

Las potestades excepcionales, bien son disposiciones que no son propias de la contratación particular, por ello determinan como aseveran algunos tratadistas, una posición especial de las partes contratantes, y del mismo modo establece una relación diferente entre ellos en comparación con la contratación particular, y que, en palabras de Garrido corrige la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles (2006. P 100)

Ahora bien, dentro de éstas potestades, pueden diferenciarse otro tipo que la doctrina ha denominado como de privilegio que se establecen como una característica especial en cabeza del estado que no constituyen una cláusula pero si establecen un tipo de ventaja especial para la administración, siendo, a mi parecer, una de las mejores diferenciaciones hasta el momento en cuanto cláusulas exorbitantes y donde podrían caber las multas³.

² Para Gonzalo Suarez Beltrán éste tipo de cláusulas son aquellas que establecen sin explicación, proporción o razonabilidad ventajas excesivas para el predisponente, o cargas injustificadas para el adherente en detrimento de los principios de buena fé y equilibrio Contractual. (2014. P 203)

³ Para Andrés Mutis ésta diferencia entre las cláusulas exorbitantes y las de privilegio se difumina así: “Entre las primeras se agrupan las de interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad. En las segundas se consideran las cláusulas de reversión y de garantías. La diferencia básica consiste en el título de su incorporación en los contratos. Mientras que en los de carácter estatal su estipulación responde a un

Así, si bien para algunos no son determinadas como una forma de potestad excepcional, para otros tratadistas, las multas son un reflejo de éste tipo de prerrogativas toda vez que establecen situaciones propias de la contratación pública y que no son ordinarias en su aplicación para aspectos de la contratación estatal (Gordillo, 1998)

Mediante Sentencia T 1341 de 11 de Diciembre de 2001 con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis la Corte Constitucional expuso:

“A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.”

De acuerdo con la definición proporcionada por la Real Academia Española, una multa es una sanción administrativa o penal que se impone y que consiste en el pago de una suma de dinero determinada. Para el caso que nos ocupa, se entenderán las multas desde el punto de vista administrativo y siguiendo la definición del Consejo de Estado y la doctrina para éste acápite.

imperativo legal, en los privados su figuración contractual supone el consenso de las partes contratantes porque no siempre se entienden incorporadas. También se diferencian las segundas de las excepcionales en que su operancia no siempre demanda la expedición de actos administrativos que las materialicen“

Debe partirse identificando que existe una diferencia en la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y las cláusulas de multas que ha sido reconocida por el Consejo de Estado desde 1992 en donde se diferencian éstas potestades respecto de su momento de aplicación y sobre la naturaleza sobre la cual se evidencie el Contrato. A través de sentencia del 1 de Octubre de 1992 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo se estableció que:

“Durante la vigencia del contrato y en caso de un incumplimiento parcial que no haga imposible la ejecución del mismo, se aplicará la multa como medida coercitiva provisional para constreñir su cumplimiento, pero si el incumplimiento es grave e imposibilita la ejecución del contrato se deberá declarar el incumplimiento y exigir las multas vigentes y la cláusula penal pecuniaria.”

La sala de consulta y servicio civil del consejo de estado se refirió en su concepto 2157 en 2013 a las cláusulas de multas de la siguiente forma:

“El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos acto administrativo”⁴

De lo anterior se resalta que las cláusulas de multa deben ser pactadas, entre ambas partes, pues el estado, en ejercicio de su facultad sancionatoria, puede de manera unilateral, consagrarlas sólo en contra del contratista y posteriormente las puede hacer efectivas por sí

⁴ Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, Concepto 2157 del 10 de Octubre de 2013.

mismo mediante un proceso administrativo sancionatorio, ello pese a su carácter sancionatorio y no indemnizatorio como comúnmente se piensa. Ante esta situación podemos plantearnos la interrogante sobre si esta ventaja no viola el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato, pues se crea un desequilibrio entre el estado y el contratista que lo pone en cierto estado de inferioridad. Pues bien, la administración, en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas con el contratista puede ejercer su poder sancionatorio pero en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel, esto es, legalidad y tipicidad de la conducta, por lo cual queda de plano descartada la teoría de la imposición de multas que no fueron consagradas en el contrato. Esta característica es simplemente una exorbitancia propia de las facultades estatales que se encuentran debidamente reguladas por la ley y que hasta la ley 1150 del 2007 que modificó la ley 80 de 1993 no existió como la conocemos hoy.

Así las cosas, El estado se erige como un ente macro estructural de la sociedad en conjunto con los distintos órganos de poder creados esencialmente para la distribución de las cargas y el respeto de los derechos y obligaciones de los individuos para los cuales fue creado, tiene a su disposición toda una variedad de instituciones y procedimientos con los cuales procede y acciona todo la estructura de la administración en aras de salvaguardar los principios y valores constitucionales que a su campo rigen.

En este sentido, una de las funciones más ilimitadas del estado para el cumplimiento de sus fines teniendo en cuenta que la contratación es sólo un medio para conseguirlos, es la potestad sancionadora, y en específico a la referida por primera vez en el artículo 71 del decreto 222 de 1983 que se refirió a la imposición de multas a través de cláusulas que la

entidad consagraba al interior del contrato, para que en caso de incumplimiento, mora o cualquier otro tipo de inconveniente por parte del contratista, este debiera pagar una cantidad de dinero correspondiente al valor del contrato y los perjuicios causados por su ineficiente ejecución o por su inejecución misma.

Ha de plantearse adicionalmente pronunciamientos que otorgan a las multas unos caracteres sui generis, tal como ocurre para el máximo tribunal de lo Contencioso administrativo, toda vez que para el Consejo de Estado por ejemplo, la multa no tiene un carácter de indemnización sino que ha sido establecida por la administración como una de las formas para forzar el cumplimiento de las obligaciones que se han generado con el contrato estatal. Así se ha expuesto a través de Sentencia de 1 de Octubre de 1992 Con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo y en la que se expuso que las multas:

“...Tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales por oposición a las definitivas (caducidad o terminación) que sancionan incumplimientos no parciales y salvables sino graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse”

En sentencia del 28 de Abril de 1994 La Corte Señaló la Constitucionalidad de la imposición de multas por parte de la administración y en éste sentido destaco que estas son “...Un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuyen a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”

Las multas en la contratación estatal, como ya se estableció, tienen su origen a través del Decreto 222 de 1983, el cual en sus artículos 71 y sstes imponía a los contratantes y contratistas, la obligación de pactar las multas y la cláusula penal pecuniaria.

Por su parte, la ley 80 de 1993 no reguló directamente el acápite de multas, simplemente consagra un derecho de las entidades en el artículo 4 para llevar a cabo el reconocimiento y cobro de sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

Este tema de multas, su imposición y establecimiento como obligatorio o no entre las partes al momento de suscribir un contrato estatal ha permanecido ensombrecido durante años debido a las constantes contradicciones que surgieron entre las normas que regulaban este tipo de sanciones en los contratos estatales. Teniendo en cuenta ésta falta de regulación, el Consejo de Estado en auto del 20 de Febrero de 1997 estableció que las multas debían ser pactadas expresamente a través de cláusulas que las dos partes fijaran en el contrato, sin dejar de lado la aclaración de que no por la derogación del decreto 222 éste tipo de facultad excepcional también habría sido eliminada del ordenamiento contractual

Con posterioridad, y mediante Sentencia de 4 de junio de 1998 tal postura fue modificada por parte del consejo al establecer que la administración podía en virtud de la potestad de autotutela que le corresponde, hacer uso de la imposición y cobro de multas.

Finalmente el Consejo de estado hacia el año 2005 decide retomar su posición inicial y resaltó que esta facultad excepcional del estado para pactar e imponer unilateralmente estas cláusulas había desaparecido con la ley 80 de 1993, por lo cual, carecía de

competencia para declarar el incumplimiento del contrato y mucho menos para realizar el cobro de las multas por su cuenta, por lo que era necesaria la intervención de un juez.⁵

Teniendo en cuenta la postura anteriormente mencionada, en el año 2007 con la promulgación de la ley 1150 de 2007 se reguló el tema sancionatorio administrativo y se estableció que la administración podría cobrar las multas PACTADAS EN EL CONTRATO. Esta ley en su artículo 17 advierte que esta facultad tiene fundamento en los principios constitucionales de legalidad y debido proceso que rigen la contratación estatal, indicando expresamente que las entidades estatales tendrán la facultad unilateral de imponer las multas que hayan sido pactadas, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, no sin antes haber agotado una audiencia en la cual el contratista podrá ejercer su derecho a la defensa ante la entidad.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 14279

MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Así como los principios de la contratación pública no han tenido dentro de la doctrina una posición específica que los unifique, del mismo modo ha sucedido con las multas y su inclusión como potestad sancionadora de la administración para imponerlas como acto administrativo con o sin el previo consentimiento de los contratistas.

En este sentido se hace necesario realizar un recorrido sobre las principales legislaciones y providencias que han determinado el tema de las multas desde puntos de vista muy divergentes que aún hoy no encuentran una forma de aplicación uniforme desde la doctrina: Realizando un recuento normativo, el decreto 222 de 1983 estableció que las multas eran un elemento OBLIGATORIO del contrato y se harían efectivas a través de actos administrativos y para los casos de mora o incumplimiento parcial, siendo obligatorias y proporcionales al valor de los contratos y los perjuicios que se generaren, excluyendo de su aplicación y vinculatoriedad a los contratos de empréstito, y, su procedimiento se asimilaba al de la caducidad para efectos de su notificación.

Del mismo modo, los artículos 71 y siguientes del decreto le otorgaban a la facultad estatal para imponer las multas en los contratos a través de éstas resoluciones motivadas, descontándolas del saldo a favor del contratista o con cargo a la garantía única constituida, otorgándole facultades para su cobro incluso por vía de la jurisdicción coactiva o en la liquidación y para sanear el balance financiero del contrato.

Dentro de estas determinaciones, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de Agosto de 1987 con Ponencia de Antonio José Irrisarri⁶ estableció que las multas podrían ser consideradas como el desarrollo del poder exorbitante de la administración pública y como una determinación como sanción de apremio para que un contratista cumpla con las obligaciones contractuales, determinando que éste tipo de incumplimientos podrían ser susceptibles de ser sancionados por vía de dichas sanciones.

Posteriormente y contrario a la vinculatoriedad otorgada por el decreto 222, la ley 80 de 1993 no estableció la potestad unilateral de que éstas puedan ser impuestas por la administración al contratista. Como puede verse, la falta de inclusión directa de las multas como una potestad unilateral del estado, puso en tela de juicio que las mismas pudieran seguir siendo consideradas como cláusulas exorbitantes, cuestión que, generó en la doctrina amplias discusiones al respecto, sobretodo al deliberarse sobre si éstas podían o no ser incluídas en la contratación pública y, si, de ser incluídas, deberían ser ejecutadas por vía de jurisdicción contenciosa o si se otorgaba a ala administración la facultad unilateral para que pudiera hacerlas efectivas directamente. (Castro.2010. P 254)

En un momento inicial, y frente a éste debate, a través de sentencias como la de 20 de Febrero de 1997, el Consejo de Estado estableció una posición inicial en torno a la cual las multas podían incluirse dentro de un contrato estatal, como manifestación suprema de la

⁶ Al respecto establecía el Consejo de Estado: “Es obvio que si la administración ha de esperar a que se cumpla el plazo de entrega de los bienes que adquiere, no se le puede exigir que imponga las sanciones consecuenciales anticipadamente a tal acaecimiento. Esto significa que la imposición de las sanciones por el incumplimiento no tienen que ir necesariamente unidas a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, porque este fenómeno consiste en la terminación anticipada del contrato y el incumplimiento, a veces, se verifica —como en el caso sub júdice— justamente cuando vence el plazo de entrega de la mercancía. Por esto se concluye que si ya no era viable declarar la caducidad administrativa, las sanciones por el incumplimiento sí eran oportunas”

autonomía de la voluntad, pero no podían establecerse con aplicación directa por parte de la administración, toda vez, que para casos de éste tipo, correspondía por competencia, que el juez estableciera si se imponían o no. Al respecto se dijo: “...La Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley”

Aún en vigencia de éste estatuto de contratación, y hacia 1998, el Consejo de Estado y la sección Tercera hicieron un cambio de posición estableciendo que las mismas podrían ser reconocidas y ejecutadas unilateralmente por la administración sin necesidad de acudir a la jurisdicción.

Éste cambio de posición se sentó en la interpretación dada por la alta Corte al manifestar que la cláusula de multas no es exorbitante de la contratación estatal porque se encuentra dentro del derecho común y no constituye exorbitancia pues no es otra cosa, que una manifestación de la voluntad de las partes para que el cumplimiento del objeto contractual sea cabal y eficiente, y no obstante lo anterior, podrían ser impuestas de modo unilateral por el estado contratante.

En Octubre 20 de 2005, a través de sentencia, el Consejo de Estado retomó su posición inicial de retornar al criterio sobre el cual, las multas no podrían ser impuestas de manera unilateral por parte de la administración. Expuso: "...Teniendo en cuenta el principio de legalidad que rige estos poderes, la Administración carece de competencia para estipular multas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente, porque la ley vigente no le atribuye la facultad para hacerlo, sin perjuicio de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieran convenirlas, pero no con esa connotación y, además, con la advertencia de que en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, es deber de la entidad pública contratante acudir al juez del contrato a efectos de solicitar su imposición"

Posteriormente, fue promulgada la ley 1150 de 2007, en su artículo 17 al establecer el derecho al debido proceso estableció que las multas podrían ser impuestas unilateralmente por la administración y del mismo modo se harían efectivas de forma directa por parte de la entidad estatal.

Finalmente, esta disposición ha sido respaldada por diversos fallos del Consejo de Estado, tales como el del 13 de Noviembre de 2008, que finalmente estableció una relación pacífica entre los principios de la autonomía de la voluntad y la legalidad en desarrollo de éstos elementos de las multas: "En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley, pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad."

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE MULTAS EN LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA: 1983-2007

A continuación se realiza un cuadro que expone la posición tanto de la normatividad como de la jurisprudencia en torno al pacto de multas, su obligatoriedad y la capacidad en torno a ser impuestas o exigidas unilateralmente por parte del estado en el marco de un contrato estatal, enmarcando algunas de las providencias que han servido de sustento para la posición actual en torno a las mismas:

DECRETO 222 DE 1983	LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007
<u>Consejo de Estado en sentencia del 13 de Agosto de 1987.</u> MULTAS SON OBLIGATORIAS	1. <u>PRIMERA POSICIÓN:</u> 20 de Febrero de 1997 Consejo de Estado: Multas se imponen bilateralmente por principio de la autonomía de la Voluntad. 2. <u>SEGUNDA POSICIÓN:</u> Consejo de Estado, 4 de Junio de 1998: Multas se pueden imponer unilateralmente 3. <u>TERCERA POSICIÓN:</u> Consejo de Estado, sentencia de 20 de Octubre de 2005: Retoma la posición inicial, las multas solo se pactan de modo bilateral por las partes en el contrato estatal	MULTAS DEBEN PACTARSE Y SU EJECUCION PUEDE SER UNILATERAL <u>Consejo de Estado. Sentencia de 13 de Noviembre de 2008.</u>

LA IMPOSICIÓN DE MULTAS EN EL DERECHO MEXICANO:

La Contratación Pública en Colombia, no puede ser considerada como única o sui generis, como si pudiera hablarse del Constitucionalismo Colombiano, el cual ha tenido elementos distintivos que lo han alejado de derechos vecinos tales como el venezolano, ecuatoriano, etc.

Para el caso del cumplimiento de los fines del estado, y siguiendo prácticamente una norma universal derivada del derecho francés, puede decirse que Latinoamérica ha entregado concepciones de la contratación estatal que no distan mucho unas de otras, tal como es el caso de México, en el cual se contemplan dos tipos de contratación pública, siendo por excelencia el más recurrente el caso de la licitación pública, y no obstante su carácter de estado Federado, existen leyes regulatorias generales tales como el código civil que contempla títulos y capítulos no tan disímiles a los nacionales propios.

Para el caso de la contratación y su hecho puro como negocio jurídico que revierte sus consecuencias, efectos y elementos de la autonomía de la voluntad y regido por elementos propios de la legalidad, la legislación Mexicana incluye dentro de su normatividad, el hecho de que la cláusula penal pueda ser incluida con fines compensatorios y de indemnización por incumplimiento, lo cual es un elemento en común con el derecho Colombiano respecto a su inclusión y los fines de la misma.

Su código Civil, de aplicación comunitaria para todas las federaciones dispone en su artículo 1840 del Capítulo I respectivo a los contratos que:

“...Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, danos y perjuicios.” Esta estipulación desestima la posibilidad de contemplar las multas y las indemnizaciones como elementos complementarios, cuestión que, en Colombia inevitablemente se ha tratado y concluido como un elemento que puede desarrollarse dentro de la vía contractual pública.

Del mismo modo, el estatuto de gobernación de México ha establecido que las cláusulas exorbitantes pueden aplicarse a las denominadas licitaciones públicas y a las dos formas de Contratación allí instituidas, las cuales, no dejan de lado que el acuerdo de voluntades es, para la legislación mexicana, lo más esencial aplicable incluso a cualquier contrato que ha sido celebrado teniendo como uno de los extremos contractuales al estado. (López.1999. P 21)

De otro lado, la doctrina nacional Mexicana ha expuesto que en las relaciones con el estado existe preponderantemente una subordinación que plenamente establece un estado de desigualdad de las partes a lo largo del negocio y de la relación Jurídica. Para doctrinantes como Jorge Fernández, ésta desigualdad no se reconoce únicamente de facto sino que también se sostiene dentro de los campos del derecho. Y en sus propias palabras “ su fundamento radica en la autoridad o poder que tiene la administración y de manera general se establece que no existen contratos administrativos en donde no juegue el principio de subordinación del contratista.” (2007. P 35)

Así, como puede verse, si bien la contratación se maneja desde puntos diferentes, el derecho mexicano si contempla la posibilidad de que el estado y el contratista puedan

establecer de manera conjunta, una serie de articulados y clausulados que permitan prever futuros incumplimientos por parte del contratista.

En este mismo sentido, la relación contractual se ostenta en una reconocida desigualdad que permite que el contratista se sitúe en una posición de inferioridad frente a la administración y pueda o tenga que cumplir con la norma de que cualquier situación referida al contrato afectara la totalidad de las prestaciones y contraprestaciones dentro del ejercicio negocial.

A Continuación, y teniendo en cuenta los elementos abordados propios del derecho mexicano, se realiza una breve comparación con algunos de los aspectos que constituyen tanto semejanzas como diferencias al interior de la contratación en el marco de ambos países y frente a un origen común cual es el derecho Francés:

<u>MATERIA/ASUNTO</u>	<u>COLOMBIA</u>	<u>MÉXICO</u>
1.CLÁUSULAS EXORBITANTES.	SEMEJANZA: Se establecen como propias de la contratación pública y exorbitantes al derecho común propio.	Aceptadas. Tomadas e interpretadas a partir de la concepción del derecho francés.
2.CLÁUSULAS PECUNIARIAS:	DIFERENCIA: En Colombia dependiendo del incumplimiento, las multas, cláusula penal e indemnización pueden solicitarse de modo conjunto	FIN COMPENSATORIO se excluye si se pacta cláusula penal

3. DESIGUALDAD DEL CONTRATISTA	DIFERENCIA: La Contratación Colombiana se rige por el principio de la igualdad de las partes	En México, la desigualdad negocial se configura como principio de la contratación pública nacional.
4. COBRO UNILATERAL DE LAS MULTAS Y CLÁUSULAS PENALES	SEMEJANZA: En Colombia, las multas y cláusula penal Pecuniaria, pueden hacerse efectivas unilateralmente por el estado contratante pero previa contemplación y pacto por escrito de las mismas en el contrato estatal.	La naturaleza abierta y desigual de las relaciones estado-contratista, dan lugar a que la administración las imponga y haga efectivas

LA LEGALIDAD Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS AL INTERIOR DEL CONTRATO ESTATAL

Como se vió en el ensayo anterior, el principio de la autonomía de la voluntad atraviesa en la actualidad por una crisis en su inclusión al interior de la contratación pública, lo cual , de la mano al criterio cambiante del Consejo de Estado, no han permitido una unificación doctrinal respecto de éste ni su papel verdadero al interior de temas como las multas⁷.

Puede exponerse que la contratación estatal no debe escapar al respeto de la autonomía de la voluntad pues como negocio jurídico que representa, también constituye un medio que debe garantizar la igualdad de los derechos de los extremos contractuales y su protección frente al ejercicio de actos que pongan en riesgo el equilibrio y celebración debida del contrato.

⁷ No obstante, el Consejo de Estado ha reconocido características especiales de las multas. Tal situación se advierte en fallos como el de 29 de Noviembre de 2010 con ponencia del consejero William Zambrano Cetina en el que se expresa: “1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración. 3. En ese sentido, las entidades estatales deben remitir información de las multas y sanciones impuestas a las Cámaras de Comercio de la respectiva jurisdicción, conforme lo ordena el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.”

Sin embargo, para un régimen de contratación estatal, no puede perderse de vista que por los fines que se persiguen, deba investirse a la administración de potestades discrecionales y de aplicación que no afectan la autonomía de la voluntad del contratista, puesto que, cuando éste piensa celebrar contratos con el ente estatal, debe tener en cuenta éste tipo de prerrogativas, y en este sentido la autonomía de la voluntad al interior de la administración puede exponerse como una facultad de discrecionalidad ya que expone la libertad de consentimiento de la administración que se encuentra previamente reglada y usando en la misma todo aquello que la normatividad no haya expresado.

En ese orden de ideas, la autonomía de la voluntad exige al particular el expresar su consentimiento para asumir algunas cargas especiales que se contienen en la administración para los contratos estatales y que le presentan efectos de guarda de principios tales como la buena fé y la legalidad (Hinestrosa. 1986.P 43)

En ese sentido, y con base en el principio de legalidad, tales potestades discrecionales no pueden ser excluidos de control judicial posterior puesto que la motivación de sus actos y disposiciones debe verificarse que deriven expresamente de una ley o reglamento que le dirija.

Las multas, interpretadas como habilitaciones expresas que en virtud del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 permiten a la entidad la imposición de multas o la declaración del incumplimiento total o parcial de un contrato para hacer efectiva cláusula penal, permite, a través de una aplicación extensiva, expresar que las mismas deben para hacerse efectivas haberse pactado y encontrarse dentro de los marcos de legalidad y tipicidad establecidos para éste tipo de ejercicio de la facultad sancionatoria del estado

En ese sentido, la autonomía de la voluntad opera al interior de las multas, como la simple facultad de la administración para regular lo que no se encuentra contemplado en la normatividad y, para el contratista, en la admisión de las cargas adicionales que todo ejercicio contractual con el estado ha de llevar.

Es ésta la relación entre la autonomía y el ejercicio de la imposición de multas entendido por el Consejo de estado y expresado a través de unos de sus más relevantes pronunciamientos contenidos en la sentencia de 10 de Octubre de 2013 Con ponencia de Álvaro Namén Vargas que expresó:

“De otra parte, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 no limita las causales o razones que pueda estipular la entidad para imponer unilateralmente las multas, y habría que entender aplicable el principio de autonomía de la voluntad para establecer de una parte y aceptar de la otra, los eventos que justifiquen la imposición de la multa y que necesariamente atenderían al mejor cumplimiento del fin del contrato. Las multas así impuestas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía, o por cualquier otro medio para obtener el pago, entre ellos, a través de jurisdicción coactiva”

Ahora bien, respecto a la legalidad como principio y su relación con la imposición de multas, debe observarse la primera desde la óptica de los fundamentos del debido proceso, el cual se determina a través de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 29 de la Constitución y que rezan:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada

juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Y este sentido fue el fundamento de pronunciamientos posteriores del Consejo de Estado frente a la legalidad del establecimiento de multas en la Contratación estatal. Así lo aseveró en Sentencia de Marzo 18 de 2004 con ponencia de Ricardo Hoyos Duque en la que se expresó: “...es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor’. Resulta entonces posible que las partes en el contrato estatal estipulen la posibilidad de imponer sanciones cuando se presenta el retardo o el incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del contratista, como las multas o la cláusula penal pecuniaria, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato (artículos 32, 40 inc. 2º Ley 80 de 1993)”.

En materia de Contratación estatal, la legalidad frente a las multas no es otra, que la tipicidad de las mismas y la obligación para la administración de que las conductas sancionables a título de multas se encuentren 1) Previamente consagradas y pactadas por

las partes en el contrato, 2) Que hayan sido consideradas y cuantificadas expresamente, 3) Que encuentren sustento en la normativa establecida por las partes en el contrato y 4) Que se encuentren plenamente descritas a través de la conducta y la correspondiente sanción cuantificable.

Así, las multas como ejercicio de las potestades sancionatorias del estado expresan la relación con los principios de legalidad y autonomía de la voluntad tanto para la administración como para el contratista en tanto que su ejercicio, aplicación e incluso cobro, conllevan en su más inicial esencia el hecho de que el respeto por los mismos se ha zanjado a través de la firma del respectivo contrato estatal.

En este entendido, su pacto por las partes es potestativo, atendiendo a la autonomía negocial y a la expresión del consentimiento, pero no obstante lo anterior, una vez pactadas, por ley, la autoridad o entidad administrativa tiene la facultad para hacerlas efectivas sin necesidad de acudir ante un juez, expresando su posición dominante ya que el contratista debe acudir a la jurisdicción si pretende hacer validar alguna por el incumplimiento del estado.

CONCLUSIONES:

La administración se ha erigido hasta hoy como la expresión máxima del gobierno y de la organización social representada en sus dirigentes, ha evolucionado como aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta, continua, práctica y espontánea de carácter subordinado a los poderes del superiores constitucionales y que tienen por finalidad la satisfacción tanto directo como indirecta de las necesidades colectivas y el logro de los fines del estado dentro del marco de la ley.

La dinámica de la contratación estatal ha mutado de forma tal que se hace indispensable la intervención de los entes del régimen privado, los cuales como su propia naturaleza capitalista les impulsa, tienen como único fin sacar el mayor provecho de su incursión en el campo de lo público; de ahí la gran contrariedad que existe sobre su presencia en la administración pública cuyo único fin es el bienestar colectivo.

Frente a este choque de tendencias y finalidades, se encuentran los intentos del estado y la administración para prevenir este tipo de desviaciones al interior de la contratación estatal, por medio de la cual se establecen los vínculos contractuales entre la institución pública y la sociedad particular, estableciéndose que existen facultades sancionatorias a través de las cuales el Estado puede reprender cualquier accionar que contraría los fines de la administración pública.

En este sentido, y a través del ejercicio del poder sancionatorio de las entidades estatales, la doctrina ha identificado que en materia contractual se pueden identificar varios tipos de sanciones: pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del

incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.

De las consideraciones expuestas y a través de los pronunciamientos del Consejo de estado sobre la materia, se pueden realizar varias precisiones: En primer lugar, en las condiciones pactadas en la relación contractual con el estado y visto desde la óptica del contratista, es permisible afirmar que, se puede incluir un pacto de multas que actúa como una medida coercitiva contractual, el cual debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante.

Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante que se le ha entregado por vía del principio de legalidad y tipicidad a la administración en ejercicio de una competencia que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (tal como son los casos de los actos administrativos); En segundo lugar, éstas condiciones vistas desde el punto de observación del estado como extremo contractual, permiten asegurar que normativamente y a través del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, se confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Puede decirse pues, que con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 se estableció una facultad para que las entidades estatales pudieran imponer multas. Sin embargo, en la actualidad obra un vacío jurídico determinante en el sentido de que no se ha sostenido una regulación normativa expresa del tema y en este sentido, se ponen en entredicho las funciones de los principios de legalidad frente a la autonomía de la voluntad en escenarios tales como los de las multas, en los que, no se ha determinado por vía legal si las mismas para ser cobradas deben encontrarse o no pactadas en el contrato.

Ahora bien, respecto del momento sobre el cual pueden aplicarse las multas, es tendencia expresa y unificada de la normatividad, jurisprudencia y doctrina que, las mismas deben pactarse expresamente para posteriormente ser validadas por parte de la administración la cual no requiere acudir al juez para hacerlas valer, caso contrario en el aspecto del contratista el cual si debe acudir a la jurisdicción para solicitar su cobro y ejecución.

Respecto de la ejecución contractual y el preciso estado contractual en que se validan, actualmente y a través de posición jurisprudencial de 2013 el Consejo de Estado mantiene vigente la teoría según la cual, se prevé que solo podrá imponerse la multa mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales y que procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.

Como tal, la potestad sancionatoria de la administración estatal en lo referente a las cláusulas de multas en los contratos ha atravesado por varias posturas, pero finalmente se ha decidido, como debe ser limitar el poder del estado que fácilmente se puede desbordar y

romper el equilibrio contractual que debe regir a cualquier relación sin importar su campo de aplicación, sin embargo, siempre se va a cernir sobre este tema la exorbitancia a que tiene derecho y podríamos decir el deber el estado para proteger los intereses de la comunidad a la cual responde. Se logra evidenciar que la autonomía de la voluntad privada, en esta oportunidad deja de ser tan privada, y debe ceder un poco ante los principios constitucionales de mayor jerarquía que la administración pública debe guardar.

La contratación estatal siempre va generar esa duda en el particular, esa sensación de desventaja, que se ve enmendada por un claro esfuerzo del derecho administrativo de adecuar las libertades particulares a la dinámica pública en la cual siempre habrá una lucha constante de muchos contra pocos. Es por ello que discusiones entre principios siempre se encontrarán a la orden del día, excusiones y elementos de diferenciación se encontrarán a la orden del día buscando un punto medio entre lo que significa un negocio jurídico público y uno entre particulares.

En aspectos de Contratación estatal opera una yuxtaposición entre el principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad en el sentido que la legalidad exige que todas las conductas que se encuentran contempladas como sancionables deben encontrarse previamente en la legislación en el sentido de establecer tanto la conducta como la sanción aplicable; y el principio de la autonomía de la voluntad implica que las partes previamente definan esas conductas y sanciones a través del contrato por ellos celebrado y firmado.

Si bien el poder sancionatorio de la administración es una potestad no autónoma, limitada y sometida al control jurisdiccional, existió siempre cierta ambigüedad a la hora de fijar el

monto de las multas que el estado puede imponer al contratista, pero sobre todo no hubo una posición muy clara sobre el alcance de la potestad sancionatoria del estado al ejecutar estas cláusulas, pues existieron posturas que abogaban por la facultad sancionatoria tácita otorgada por la misma constitución política a la administración pues en su artículo 44 impone al estado la garantía de los derechos fundamentales, la seguridad y el bienestar general, mientras que existieron versiones que afirmaban que en estos casos de contratación estatal, la facultad sancionatoria debía estar expresamente consagrada en el contrato, de lo contrario no podría hacerse valer.

En este sentido, y teniendo en cuenta los postulados que desde épocas remotas predicaban la igualdad de las partes en sede de los negocios jurídicos, puede decirse que el contrato es ley para las partes y que la aplicación rigurosa de la potestad sancionatoria se traduce en una observancia a los principios de legalidad y del debido proceso, toda vez que en la teoría del negocio jurídico no podría afirmarse que éste sea una ley en sentido estricto pero si un elemento generador de obligaciones propias y particulares que las partes han enmarcado en la celebración de un contrato, sin escapar de ello la figura del contrato estatal en lo atinente a las multas, las cuales, a diferencia de otras potestades excepcionales, debe pactarse expresamente cada una de las conductas así como la sanción expresada para hacerse efectivas.

Aunado a lo anterior, se corresponde una relación en torno a la finalidad de las mismas y la expresión de la voluntad de la función de la administración, la cual, en ningún momento trasgrede principios tales como la legalidad o la autonomía de la voluntad, en escenarios en los que, precisamente se orienta a protegerlos y garantizarlos en el reflejo de la consecución de los fines estatales.