

MEDIO DE CONTROL – Controversias contractuales / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Nulidad de cláusula que establece potestad sancionaría como garantía a favor de la contratista / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA – En contratación estatal / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA – Son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva / MULTA – Noción y finalidad / MULTAS Y POTESTAD SANCIONATORIA - No es procedente pactarlas en favor de los intereses de los particulares / NULIDAD DE CLÁUSULA CONTRACTUAL – Por objeto ilícito

(...) las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley. (...) Adicionalmente el contrato puede ser nulo total o parcialmente, sobre este punto el Consejo de Estado¹ ha establecido que el primer evento se produce cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión y en el segundo caso cuando el mismo solo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras disposiciones que lo conforman, esto último concordante con el artículo 47 de la Ley 80 de 1993. (...) El Consejo de Estado³ ha definido la multa como la sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. (...) Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa que en desarrollo del deber de control y vigilancia sobre los contratos las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública tienen la facultad de imponer multas, así mismo que el objeto consiste en conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. (...) el legislador de manera expresa faculta a las entidades públicas a pactar e imponer multas, toda vez que el fin de la potestad sancionatoria no es la indemnización propiamente dicha de los perjuicios generados por el incumplimiento sino que busca es el constreñimiento para que el contratista desarrolle las obligaciones pactadas durante la ejecución contractual, sin que se vea afectado el interés general, razón por la cual no es procedente pactarlas en favor de los intereses de los particulares. (...) Así las cosas, observa esta Corporación que la Personería de Bogotá a través de la cláusula décimo primera del contrato de prestación de servicios No562 de 25 de enero de 2018, le otorgó facultades de tipo sancionatorio a la contratista, por cuanto hace alusión al pago de una suma de dinero equivalente al 1% del valor del contrato con el fin de conminar a la entidad al cumplimiento de las obligaciones pactadas contractualmente. (...) no es posible que las partes de un negocio jurídico estatal en virtud de la autonomía de la voluntad puedan convenir válidamente el procedimiento para el ejercicio de una potestad sancionatoria, la cual es unilateral de la Administración, como es la imposición las multas en los contratos estatales, toda vez que las citadas normas constitucionales atribuyen exclusivamente al legislador dicha función lo que les da el carácter de normas de orden público, respecto de las cuales no cabe el ejercicio de la autonomía de la voluntad. (...) En conclusión y como lo indicó el juez de primera instancia resultó probada de oficio la nulidad de la cláusula décimo primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 562 del 25 de enero de 2018 suscrito por la Personería de Bogotá D.C. con Ángela Viviana Torres Carranza, al tener objeto ilícito por pactar multas en favor de un particular. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la nulidad por objeto ilícito, consultar: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. 66001-23-31-000-1999-00435- 01(24809). En cuanto a la noción de multa, ver: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, CP. Jaime

Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

FUENTE FORMAL: Ley 80 de 1993 (Art. 44, 47).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente : **JAVIER TOBO RODRÍGUEZ**
Ref. Expediente : 110013343061201800460 01
Demandante : PERSONERIA DE BOGOTA
Demandado : ANGELA VIVIANA TORRES CARRANZA

Fallo de segunda instancia
Controversias Contractuales

1. Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo Oral de Bogotá, el veinticinco (25) de febrero de 2020 , a través de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

2. En escrito presentado el 19 de diciembre de 2018, por intermedio de apoderado judicial legalmente constituido, la Personería de Bogotá formuló la siguiente pretensión a través del medio de control de Controversias Contractuales, en contra de Angela Andrea Torres Carranza:

PRETENSIÓN:

“Respetuosamente solicito que previos los trámites de rigor se decrete la nulidad de la cláusula decima primera del contrato 562 de 2018 que dispone lo siguiente:

DECIMA PRIMERA: MULTAS: Sin detrimento de la indemnización de perjuicios a que haya lugar y de la cláusula penal pecuniaria, para conminar a la Personería en caso de mora o incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, por una suma equivalente al 1% del valor del contrato, por cada día de mora o de incumplimiento de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015”.

HECHOS

3. La Sala sintetiza los supuestos fácticos narrados en la demanda, así:
4. Entre la Personería de Bogotá y la demandada se suscribió el contrato de prestación de servicios 562 de 2018, con un plazo de ejecución de 7 meses cuyo objeto fue apoyar a la Coordinación de asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá y/o sus Delegadas, en la sustanciación y trámite de procesos disciplinarios, labor que estaba desarrollada en la Dirección de Investigaciones Especiales del eje disciplinario a cargo del doctor Navis Alberto Flórez quien fue designado como supervisor del contrato.
5. El contrato tenía como fecha de vencimiento el 24 de agosto de 2018.
6. Angela Viviana Torres, previo al vencimiento de la fecha para la entrega de la cuenta de cobro del mes de mayo acudió al Supervisor del contrato, JORGE NAIN RUIZ DITTA a efectos de ponerle de presente el estado procesal de los expedientes a ella asignados, informándole que no le era posible proyectar decisiones de fondo como quiera que se encontraban en las etapas procesales de Indagación Preliminar e Investigación Disciplinaria en términos vigentes, es decir, que aún no se habían culminado la etapa procesal y estaban pendientes del recaudo de material probatorio, requiriéndole la asignación de procesos en donde pudiera adoptar decisiones de fondo. c.
7. El supervisor del contrato le negó el pago de la cuenta del mes de 2018.
8. El 6 de julio de 2018, el Secretario General (e) de la entidad HENRY ORLANDO CONTRERAS LIZARAZO remitió comunicación 20181E38058 citando a una

reunión con el Dr. JORGE NAIN RUIZ DITTA, HELMULT DIONEY VALLEJO (Coordinador del Eje Disciplinario), cuyo temario incluyó la situación fáctica que se presentó frente al presunto incumplimiento del contrato, de lo cual se suscribió un acta donde no se llegó a ningún acuerdo indicando que remitieran las actuaciones a la oficina jurídica para proseguir con el trámite conciliatorio.

9. Como consecuencia de esta situación, la demandada promovió una solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual le correspondió a la Procuraduría 5 Judicial II para Asuntos Administrativos.

10. En diligencias del 18 de septiembre y 10 de octubre de 2018, y de acuerdo con la decisión del Comité de Conciliación de la Personería de Bogotá se tomó la decisión de no presentar formula de conciliación.

11. Pese a que existía la voluntad de presentar inicialmente formula conciliatoria por parte de la entidad, pero solo en cuanto al monto de los honorarios, la entonces convocante pedía el reconocimiento de intereses moratorios, aduciendo lo dispuesto en la cláusula decima primera - multas, ante lo cual la Personería no presento formula como se indicó anteriormente.

12. En efecto la cláusula en mención señala lo siguiente:

“DECIMA PRIMERA: MULTAS: Sin detrimento de la indemnización de perjuicios a que haya lugar y de la cláusula penal pecuniaria, para conminar a la Personería en caso de mora o incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, por una suma equivalente al 1% del valor del contrato, por cada día de mora o de incumplimiento de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015”

13. La cláusula en mención por error quedó trascrita de manera incompleta, dado que las normas que fueron incorporadas en esta, son potestades a favor de la entidad ante el incumplimiento del contratista y no es una garantía del contratista.

TRÁMITE PROCESAL

14. El 19 de diciembre de 2018, fue radicada la demanda ante la oficina de apoyo judicial de los juzgados administrativos de Bogotá.

15. Mediante proveído de 28 de enero de 2019 se admitió la demanda y se ordenó notificar a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio público.

16. El 25 de febrero de 2020, se llevó a cabo audiencia inicial en la cual se fijó el litigio, el juez de instancia se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes y al percatarse que no había pruebas pendientes por practicar cerró el debate probatorio, las partes presentaron alegatos de conclusión y emitió sentencia oral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

17. El Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo Oral de Bogotá profirió decisión de fondo, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la cláusula décima primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 562 del 25 de enero de 2018 suscrito por la Personería de Bogotá D.C. con Ángela Viviana Torres Carranza, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: La presente sentencia se notifica de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del CPACA

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el Artículo 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: Una vez cumplido lo anterior, por secretaría **ARCHIVAR** el expediente.

SEXTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación. Se notifica en estrados esta sentencia”.

18. El juez de primera instancia luego de llevar a cabo un análisis de los medios probatorios aportados al plenario, consideró en que en el presenta caso correspondía

declarar la nulidad de la cláusula decimo primera del contrato de prestación de servicios profesionales No. 562 de 2018.

19. Advirtió que si bien la parte demandante no precisó si se trataba de una nulidad relativa o absoluta, ni una causal de nulidad, lo cual llevaría en un comienzo a negar las pretensiones de la demanda, a partir del material probatorio aportado se advierte que la cláusula decimo primera es nula absolutamente la cual puede ser declarada de oficio conforme con lo señalado en el artículo 45 de la ley 80 de 1993.

20. Sostiene que con la cláusula decimo primera la entidad demandante le otorgó facultades de tipo sancionatorio a la contratista, haciendo alusión al pago de una suma dineraria equivalente al 1% del valor del contrato con el fin de conminar a la entidad al cumplimiento de las obligaciones pactadas contractualmente.

21. Así las cosas, hizo mención a la autonomía de la voluntad, al artículo 17 de la ley 1150 de 2007, al principio de legalidad, el orden público, entre otros temas para fundamentar la declaratoria de nulidad.

RECURSO DE APELACIÓN

22. Angela Viviana Torres por intermedio de apoderado judicial radicó de forma electrónica escrito contentivo del recurso de apelación a través del cual solicita se revoque la decisión de primera instancia.

23. Sostiene la demandada que si bien es cierto la facultad sancionatoria o la imposición de cláusulas exorbitantes en un contrato estatal en un contrato estatal radica en la Administración, también lo es que en el presente caso la cláusula decimo primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 562 de 2018, fue autoría de la entidad demandante como expresión de la voluntad o del querer de la administración y de manera algún intervino en ella la contratista.

24. Aunado a lo anterior, refiere que se presenta un decaimiento del acto administrativo o pérdida de la fuerza ejecutoria que hace imposible declarar la nulidad,

toda vez que el contrato de prestación de servicios profesionales No 562 de 2018, se agotó en su objeto, vigencia y la única obligación pendiente por cumplirse es la del pago de honorarios.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

25. El 8 de febrero de 2021 el Juzgado Sesenta y Uno Administrativo de Bogotá concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

26. Mediante auto de 9 de agosto de 2021, una vez verificado el cumplimiento de requisitos exigidos por la ley, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora y una vez ejecutoria la providencia y en caso de no realizarse solicitudes probatorias se corrió traslado a las partes para que en el término de diez días presentaran alegatos de cierre.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte Demandante

27. Durante el término procesal, guardó silencio.

Parte Demandada

28. No presentó alegatos de cierre durante la oportunidad procesal.

Ministerio Público

29. La Vista Fiscal, no emitió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

30. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de febrero de 2020 por el Juzgado Sesenta y Uno Administrativo de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda.

31. Cabe aclarar que en el presente caso la sentencia de primera instancia fue apelada únicamente por la parte demandada razón por la cual, tiene aplicación el principio de la *non reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la sentencia.

32. De otra parte, de conformidad con la norma en comento el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Hechos Probados

33. Así las cosas, con el propósito de dirimir los motivos de inconformidad plasmados en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante:

34. El 11 de enero de 2018, la Secretaría General de la Personería de Bogotá D.C. aprobó el estudio previo del proceso de contratación directa prestación de servicios profesionales para la contratación de un profesional del derecho con mínimo 18 meses de experiencia profesional, por el término de 7 meses para apoyar la sustanciación y trámite de procesos disciplinarios (fls. 8 a 12).

35. El 16 de enero de 2018, el Personero Delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá D.C. presentó el formato de solicitud de necesidad de contratación de un profesional del derecho con mínimo 18 meses de experiencia profesional, por el término de 7 meses para apoyar la sustanciación y trámite de procesos disciplinarios (fls. 6 a 7)

36. El 23 de enero de 2018 la Secretaría General de la Personería suscribió el Memorando 649 dirigido al Subdirector de Presupuesto, Contabilidad y Tesorería mediante el cual solicitó expedir disponibilidad presupuesta! por valor de \$29.400.000 (Fls. 13).

37. El 23 de enero de 2018, el responsable del presupuesto de la Personería de Bogotá D.C. expidió el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 705 por valor de \$29.400.000 con código presupuestal 3-1-1-02-03-01-0000-00 concepto Honorarios Entidad (Fls. 14).

38. El 23 de enero de 2018, Ángela Viviana Torres Carranza diligenció su Hoja de Vida de la Función Pública (Fls. 15 a 18).

39. El 23 de enero de 2018, fue suscrito el Formato de Verificación de Experiencia de Ángela Viviana Torres Carranza (Fls 19).

40. El 25 de enero de 2018, fue suscrito el Formato de Consentimiento Informado para Verificación de Títulos Académicos por Ángela Viviana Torres (Fls. 20).

41. El 25 de enero de 2018, la Personería de Bogotá D.C. suscribió contrato de prestación de servicios No. 562 con Ángela Viviana Torres Carranza, del cual se extrae lo siguiente (Fls. 4 a 5 y 24 a 27):

“Primera: Objeto *"Apoyar a la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de la Personería de Bogotá y/o sus Delegadas, en la sustanciación y trámite de procesos disciplinarios."*

Segunda: Obligaciones *"El contratista se obliga a: 1. Apoyar la elaboración de diagnósticos generales y específicos del eje disciplinario conforme indicaciones del Coordinador. 2. Apoyar en acompañamiento en trámites y diligencias investigativas que el coordinador del eje disponga. 3. Acompañar en las visitas y prácticas probatorias que disponga el personero delegado o el director de investigaciones especiales. 4. Entregar mensualmente mínimo cuatro (4) proyectos de decisión de fondo (archivos, terminaciones, investigaciones, pliegos cargos, citación a audiencias, fallos) en a medida que el impulso procesal lo permita dentro de los procesos a su cargo para la firma del Personero Delegado. 5. Entregar mensualmente mínimo cinco (5) proyectos de trámite (aperturas de indagación, pruebas, nulidades, resolución de recursos, desgloses, inhibitorios, remisorios) dentro de los procesos a su cargo para la firma del Personero Delegado. 6. Elaborar análisis jurídico de los expedientes diagnosticando el estado de los mismos junto con el material probatorio. 7. Apoyar en asuntos disciplinarios*

que se adelanten investigaciones especiales de acuerdo con las instrucciones del coordinador. 8. Apoyar en la recepción, trámite, respuesta y seguimiento de los procesos disciplinarios adelantados de tutela que se presenten en desarrollo de los procesos disciplinarios adelantados. 10. Alimentar y mantener actualizado el sistema SiNPROC de los expedientes a su cargo. 11. Presentar informe mensual y final de las actividades realizadas durante la ejecución... OBLIGACIONES DE LA PERSONERÍA: 1) Cancelar al contratista el valor del presente contrato en la forma estipulada en el mismo. 2) Poner a disposición del contratista los medios necesarios para el desarrollo del objeto contractual. 3) Vigilar el desarrollo y ejecución del contrato y exigirle al CONTRATISTA el cumplimiento del mismo, a través del supervisor."

Tercera: Valor del contrato \$29400.000

Cuarta: Forma de pago "A) Un primer pago proporcional sobre la base de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.200.000) por los días ejecutados desde la suscripción del acta de inicio del contrato hasta el último día del respectivo mes, si a ello hubiere lugar. B) Pagos mensuales iguales por el valor de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$4.200.000) C) Un pago final proporcional sobre la base de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE por los días ejecutados durante el último mes del contrato, si a ello hubiere lugar previa presentación del informe mensual y la certificación suscrita por el supervisor/...)".

Quinta: Plazo de ejecución 7 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación.

Cláusula décima primera: Multas Sin detrimento de la indemnización de perjuicios a que haya lugar y de la cláusula penal pecuniaria, para conminar a la Personería en caso de mora o incumplimiento de las obligaciones de las obligaciones pactada en el contrato, por una suma equivalente al 1% del valor del contrato, por cada día de mora o de incumplimiento de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015".

42.El 17 de septiembre de 2018, la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación certificó que el 14 de septiembre de 2018 el Comité de Conciliación decidió presentar formula de conciliación extrajudicial dentro de la solicitud presentada por

Ángela Viviana Torres Carranza sobre el reconocimiento y pago de honorarios de los meses de mayo y junio de 2018, junto con intereses. (Fls. 21 a 22).

Caso Concreto

43. En el presente caso la parte demandante pretende se declare la nulidad de la cláusula decimo primera del contrato de prestación de servicios profesionales No. 562 del 25 de enero de 2018, suscrito con la señora Angela Andrea Torres Carranza, por cuanto la misma contraviene lo dispuesto en la normatividad aplicable a la contratación estatal, toda vez que se reconoce la potestad sancionaría que se encuentra estipulada a favor de la administración, como garantía de la contratista.

44. El juez de primera instancia acogió las razones de la parte activa de la litis y declaró la nulidad de la cláusula décimo primera del contrato de prestación de servicios No. 562 de 25 de enero de 2018.

45. Por su parte la demandada, interpuso recurso de apelación en el cual acepta que la potestad sancionaría se encuentra estipulada como una prerrogativa a favor de la administración; sin embargo, advierte que en el presente caso no es posible declarar la nulidad de la cláusula habida cuenta que no se puede pasar por alto que fue la entidad la que decidió incluirla, razón se debe acudir a la autonomía de la voluntad y a la pérdida de la fuerza ejecutoria del contrato.

46. Recuerda la Sala que la parte demandada interpuso recurso de apelación con el fin que se revoque la decisión de primera instancia, porque en su sentir en el presente caso no es procedente la declaratoria nulidad dado que fue la misma entidad la que decidió incluir la multa, razón por la cual se le debe dar prevalencia a la autonomía de la voluntad, a su vez sostiene no es posible declarar la nulidad de la cláusula decimo primera del contrato de prestación de servicios No. 562 de 25 de enero de 2018, por cuanto se por pérdida de la fuerza ejecutoria en la medida que el contrato ya se ejecutó y se venció el plazo de vigencia quedando únicamente pendiente el pago de honorarios a favor de la contratista.

47. Bajo estas condiciones la Sala recuerda que, el Estatuto de Contratación Estatal en sus artículos 44 y 45 relaciona lo concerniente a la nulidad absoluta de los contratos en los siguientes términos:

“El ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. <Ver Notas de Vigencia y Notas del Editor> La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

48. Puntualiza la Sala que las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley.

49. Adicionalmente el contrato puede ser nulo total o parcialmente, sobre este punto el Consejo de Estado¹ ha establecido que el primer evento se produce cuando el vicio invalida el acto o negocio jurídico en toda su extensión y en el segundo caso cuando el mismo solo recae sobre parte del mismo, pudiendo subsistir las otras

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, CP. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 25000-23-26-000-2001-01678-01(27507)

disposiciones que lo conforman, esto último concordante con el artículo 47 de la Ley 80 de 1993.

50. En cuanto al poder sancionatorio, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló²:

“El interés público que se pretende satisfacer a través de la actividad contractual, está sujeto a que el contratista colaborador (artículos 3 y 5, num. 2, ley 80 de 1993) cumpla con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato, razón para que se dote a la Administración de potestades de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato estatal.

En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan entre otras en medidas coercitivas y apremiantes, como sucede con la imposición de multas, para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.

Las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado.

Ahora bien, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanción contractual por parte de la Administración, es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción, como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, razón por la

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) del 10 de octubre de 2013.

que es extraña la figura de la configuración a favor de estos para conminar a la entidad pública”.

51. Recuerda la Sala que en el caso objeto de estudio, la Personería de Bogotá D.C. pretende se declare la nulidad en contra de la cláusula décima primera del contrato 562 suscrito con Ángela Viviana Torres Carranza el 25 de enero de 2018, argumentando que el contenido de la misma se encamina al reconocimiento de potestades que se encuentran legalmente estipuladas en favor de la administración y no como garantía de la contratista.

52. La cláusula décima primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesional 562 de 2018 establece:

“DÉCIMA PRIMERA: MULTAS: Sin detrimento de la indemnización de perjuicios a que haya lugar y de la cláusula penal pecuniaria, para conminar a la Personería en caso de mora o incumplimiento de las obligaciones de las obligaciones pactada en el contrato, por una suma equivalente al 1% del valor del contrato, por cada día de mora o de incumplimiento de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015”

53. El Consejo de Estado³ ha definido la multa como la sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

54. Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa que en desarrollo del deber de control y vigilancia sobre los contratos las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública tienen la facultad de imponer multas, así mismo que el objeto consiste en conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875)

55. De esta forma, el legislador de manera expresa faculta a las entidades públicas a pactar e imponer multas, toda vez que el fin de la potestad sancionatoria no es la indemnización propiamente dicha de los perjuicios generados por el incumplimiento sino que busca es el constreñimiento para que el contratista desarrolle las obligaciones pactadas durante la ejecución contractual, sin que se vea afectado el interés general, razón por la cual no es procedente pactarlas en favor de los intereses de los particulares.

56. Así las cosas, observa esta Corporación que la Personería de Bogotá a través de la cláusula decimo primera del contrato de prestación de servicios No562 de 25 de enero de 2018, le otorgó facultades de tipo sancionatorio a la contratista, por cuanto hace alusión al pago de una suma de dinero equivalente al 1% del valor del contrato con el fin de conminar a la entidad al cumplimiento de las obligaciones pactadas contractualmente.

57. Ahora, en el recurso de alzada la demandada afirma que no es posible declarar la nulidad en el presente caso como quiera que fue la Personería de Bogotá la que incluyó la clausula en el contrato.

58. Al respecto la Sala precia que la autonomía de la voluntad ha sido definida como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones, en procura de la satisfacción de sus fines o necesidades, se encuentra claramente limitada por la ley y, "(...) en veces atenuada o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil)" .

59. No obstante, en tratándose de multas contractuales la competencia administrativa para crearlas junto a los procedimientos aptos para expedir los actos administrativos derivados de la competencia para su aplicación, son manifestación directa del principio de legalidad y, por lo mismo, solo el legislador puede establecerlos, por mandato de los artículos 6, 29,121 y 122 de la Constitución Política.

60. Así mismo, las normas procesales en donde se ordena cómo se realiza el trámite de imposición de multas en un contrato estatal son de orden público, de conformidad con los dictados del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil. En esta medida, no es posible que las partes de un negocio jurídico estatal en virtud de la autonomía de la voluntad puedan convenir válidamente el procedimiento para el ejercicio de una potestad sancionatoria, la cual es unilateral de la Administración, como es la imposición las multas en los contratos estatales, toda vez que las citadas normas constitucionales atribuyen exclusivamente al legislador dicha función lo que les da el carácter de normas de orden público, respecto de las cuales no cabe el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁴.

61. De otro lado, en el recurso de apelación la demandada hace alusión a la pérdida de la fuerza ejecutoria del contrato, al respecto la Sala precisa que esta figura se encuentra contenida en el numeral 3º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo desarrolla el principio de eficacia, que informa las actuaciones y los procedimientos administrativos (Artículo 3º. C.C.A.), en la medida en que lo que se busca a través de la misma, es evitar la inercia, inactividad o desidia de la administración frente a sus propios actos.

62. En virtud de esta causal, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria y la administración el poder de hacerlos efectivos directamente, cuando al cabo de cinco años (5) de estar en firme, ésta no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

63. Así las cosas, si bien es cierto, la administración está obligada a obtener la realización material de las decisiones que se tomen al culminar un procedimiento administrativo, también lo es, que para que se configure la causal de pérdida de ejecutoria en comento, el legislador no exige el cumplimiento íntegro o pleno del acto administrativo dentro del término de los cinco (5) años contados a partir de su firmeza. Este plazo debe entenderse como una limitante temporal impuesta a la administración para gestionar lo concerniente a la ejecución del mismo, es decir,

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

efectuar las operaciones que sean necesarias y pertinentes para materializar lo en él ordenado.

64. En consecuencia, el simple paso del tiempo sin que se haya obtenido el cumplimiento pleno del acto, no es suficiente para que se configure la causal de pérdida de fuerza ejecutoria del numeral 3º del artículo 66 del C.C.A. El presupuesto normativo para que ello ocurra, consiste en que dentro del término fijado por el legislador, la administración no haya utilizado la prerrogativa de la ejecución oficiosa que le ha sido otorgada para expedir o realizar los actos, las gestiones y las operaciones tendientes a obtener su cumplimiento.

65. En este orden de ideas, la mencionada figura no es aplicable al caso concreto, pues es claro que el contrato de prestación de servicios No. 562 de 25 de enero de 2018, se ejecutó dentro de su vigencia, situación que de por sí no implica la imposibilidad de la declarar la nulidad de una cláusula que es invalidad de acuerdo con las normas de orden público que rigen el debido proceso en materia sancionatoria, al otorgar la facultad de imponer multas a un particular, evidenciándose así una contravención al derecho público y por ende la configuración del objeto ilícito en tal pacto.

66. Sobre este punto el artículo 1519 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación, aclarando que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha establecido que *“las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito”*⁵.

67. En conclusión y como lo indicó el juez de primera instancia resultó probada de oficio la nulidad de la cláusula décima primera del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 562 del 25 de enero de 2018 suscrito por la Personería

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809)

de Bogotá D.C. con Ángela Viviana Torres Carranza, al tener objeto ilícito por pactar multas en favor de un particular.

68. En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el veinticinco (25) de febrero de 2020, que accedió a las pretensiones de la demanda.

COSTAS

69. De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas del Código de Procedimiento Civil. El artículo 365 del Código General del Proceso en el numeral 3º dispone que en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda, no obstante lo anterior, la Sala no evidencia la causación de costas propiamente dichas, en el curso de la segunda instancia.

70. Ahora bien, en relación con las Agencias en Derecho la Sala dispondrá su tasación al tenor de lo previsto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, (numeral 1.1.2.), en un salario mínimo legal mensual vigente que corresponde a la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000) a cargo de la parte demandante y favor de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: FÍJESE por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandante y favor de la entidad demandada la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000).

TERCERO: NOTIFÍQUESE ELECTRÓNICAMENTE la presente decisión, mediante el envío de mensaje de datos a los correos electrónicos de las partes y al agente del Ministerio Público al buzón de correo electrónico institucional; bajo la advertencia de que las manifestaciones de las partes deberán efectuarse de manera preferente a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación al correo electrónico rmemorialessec03satadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co.

CUARTO: Una vez en firme la presente decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado en Acta de Sesión de la fecha.)

(Firmado electrónicamente)

JAVIER TOBO RODRÍGUEZ

Magistrado

(Firmado electrónicamente)

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Magistrado

(Firmado electrónicamente)

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Magistrada

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala de Decisión de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA