

**OBLIGACION PARAFISCAL – El titular es el empleador y no la entidad financiera que viabiliza hacer el pago / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Potestad de cobro coactivo / COBRO COACTIVO POR EL ISS – Se predica de las obligaciones parafiscales cuyos sujetos pasivos son los empleadores / ENTIDAD FINANCIERA O BANCARIA – Es un tercero en la relación ISS y el empleador / SUJETO DE COBRO COACTIVO – No lo es la entidad financiera o bancaria porque solo instrumentaliza el pago**

El ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de una autoridad administrativa, ha de ser atribuida únicamente por la ley, según señala el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 13.2 de la Ley 270 de 1996. En materia de seguridad social, tal facultad se halla dispuesta en la ley 100 de 1993, que en su artículo 57, prescribe: “Cobro Coactivo. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con prestación definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos”. De tiempo atrás esta Corporación ha indicado que en materia de seguridad social la jurisdicción coactiva solo ha sido otorgada a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, de forma tal que para el año 2002, período en el que se expidieron los actos acusados, el ISS por disposición del artículo 57 de la Ley 100 de 1993, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, y desde el 1º de julio de 1995, era la única entidad autorizada para administrar el régimen de prima media con prestación definida. De este modo, es incuestionable su potestad de cobro coactivo. Sin embargo, dicha potestad fue estatuida frente a las obligaciones insolutas en cabeza de quien estuviere obligado jurídicamente a hacer los aportes parafiscales correspondientes, y no de terceros, como se puede deducir del artículo 23 de la misma Ley (...) Por su parte, del contenido del Decreto 2633 de 1994, reglamentario del artículo 57 de la ley 100 de 1993, se deriva que esa facultad de cobro coactivo se ejerce respecto de los empleadores obligados a realizar los aportes de ley, sin que su regulación involucre a sujetos pasivos diferentes de los titulares de tal obligación. Asimismo, esta Corporación en diversos fallos, relativos a la facultad de cobro coactivo que ejerce el ISS, se ha referido a que esta se despliega sobre los aportes dejados de consignar por los empleadores (...) Así las cosas, es de recalcar que la facultad de cobrar coactivamente los créditos que el ISS tiene a su favor, se predica de las obligaciones parafiscales cuyos sujetos pasivos son los empleadores. Además, la relación jurídica objeto de los aportes así cobrables, se deriva de la obligación que los empleadores contraen frente al ISS, la cual, dicho sea de paso, se extingue cuando estos realizan el respectivo depósito o pago en la entidad financiera o bancaria que el Instituto disponga para el efecto y dentro del plazo previsto por la ley. De este modo, la entidad bancaria, Banco Colpatria, viene a ser un tercero en la relación jurídica entre el Instituto de Seguros Sociales y el empleador, que permite instrumentalizar el respectivo pago, sin que ello implique en modo alguno que se haga titular o sujeto pasivo de la obligación parafiscal, contraída por un empleador.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 116 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 13 NUMERAL 2 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 23 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 52 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 57 / DECRETO 2633 DE 1994 / DECRETO 2148 DE 1992 – ARTICULO 3 NUMERAL 2 / DECRETO 2148 DE 1992 – ARTICULO 3 NUMERAL 4 / DECRETO 2148 DE 1992 – ARTICULO 11 NUMERAL 3 / DECRETO 2148 DE 1992 – ARTICULO 11 NUMERAL 5 / DECRETO 2148 DE 1992 – ARTICULO 11 NUMERAL 13**

**NOTA DE RELATORIA:** Ver sentencias, Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 17 de marzo de 2005, Radicado 2001-00940-01(14223), M.P. María Inés Ortiz Barbosa; de la Sección Quinta, del 10 de abril de 2003, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica; del 11 de octubre de 2002, Radicado 2002-1770-01. M.P. Roberto Medina López.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**CONSEJERO PONENTE: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo del dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00091-01**

**Actor: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A.**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE 1º NOVIEMBRE DE 2007, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales ISS contra la sentencia de 1º de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>1</sup>, que decidió declarar la nulidad de las Resoluciones 3632 de 15 de agosto de 2002 y 4585 de 19 de noviembre de 2002, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, ordena el restablecimiento del derecho y la cancelación de la póliza.

**I-. ANTECEDENTES**

---

<sup>1</sup> Folios 306 a 320 del cuaderno No. 2 del expediente.

1.1.- El Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., actuando por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>2</sup>, tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de la Resolución No. 3632 de 15 de agosto de 2002 por la cual el Presidente del Instituto de Seguros Sociales establece la obligación a cargo del Banco Colpatria y a favor del Instituto de Seguros Sociales de pagar \$912.888.649 más los intereses moratorios a la tasa legal vigente para los aportes de seguridad social a que haya lugar, hasta la fecha en que se realice el pago y de la Resolución 4585 de 19 de noviembre de 2002, mediante la cual se confirmó la Resolución anterior.

Solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se declare que el demandante no está obligado a pagar la obligación que se creó a su cargo mediante los actos administrativos demandados, y que se condene a la parte demandada a pagar las costas, incluidas las agencias en derecho del proceso.

**1.2.** En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1.- El Banco Colpatria, en desarrollo de su objeto social y como operación propia de los establecimientos bancarios, celebró con el Instituto de Seguros Sociales un contrato de “prestación de servicios, Recaudo y Depósito de Aportes”, bajo el convenio 4129 G del 20 de enero de 1995<sup>3</sup>, según el cual el Banco Colpatria procedió a la apertura de cuentas de ahorros cuyo titular es el Instituto de Seguros Sociales ISS, a las cuales se abonan los depósitos que, mediante dinero en efectivo, o en cheques, le sean consignados a dicho Instituto por parte

---

<sup>2</sup> Folios 1 a 25 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 61 a 67 del cuaderno No. 2 del expediente.

de los empleadores para cumplir con su obligación de cancelar los aportes parafiscales de seguridad social en salud de sus trabajadores.

1.2.2. Así las cosas, y según rezan los actos demandados, el ISS concluye que la Red Multibanca Colpatria, a través de sus Sucursales La Catedral y el Parque de Villavicencio, recibió los cheques girados por UNILLANOS sin que su valor nominal hubiese sido abonado a las cuentas oficiales del Instituto de Seguros Sociales abiertas en dicha entidad para el recaudo de los aportes a la seguridad social.

1.2.3. El Presidente del Instituto de Seguros Sociales, aduciendo facultades que le confiere el Decreto 2148 de 1992, artículo 11, numerales 3, 5 y 13, expidió la Resolución 3632 del 15 de agosto de 2002 “por la cual se establece una obligación a cargo de una entidad financiera y a favor del Instituto de Seguros Sociales”.

Esas normas señalan:

*“Artículo 11. Funciones del Presidente.-El Presidente del Instituto tendrá a su cargo las siguientes funciones:*

*(...)*

*3. Ejercer la representación legal del Instituto y suscribir los actos y contratos necesarios para el desarrollo de sus funciones.*

*(...)*

*5. Organizar, dirigir y controlar la inscripción de afiliados, la facturación y el recaudo de aportes, con arreglo a las disposiciones del Consejo Directivo;*

*(...)*

*13. Cumplir y hacer cumplir los estatutos del Instituto y las normas vigentes relativas a la seguridad social...*

Considera el demandante que ni estas normas ni ninguna otra constitucional o legal, le otorga facultades al Presidente del Instituto de Seguros Sociales, para crear obligaciones a cargo de terceros como consecuencia de una relación contractual y a favor de dicho instituto.

1.2.4. Los considerandos de la Resolución No. 3632 del 15 de agosto de 2002, exponen lo siguiente:

A) Mediante la ley 1ª de 1980, se creó el cheque fiscal. Los establecimientos bancarios responderán en su totalidad por el pago irregular que de dichos cheques hicieren.

B) En el mismo sentido, el artículo 779 del Estatuto Tributario, señala que “los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo previsto en la ley sobre el cheque fiscal, responderán en su totalidad por el pago irregular”.

C) La Circular Básica Jurídica No. 7 de 1996, expedida por la Superintendencia Bancaria, reitera el estricto cumplimiento a lo dispuesto en la ley 1ª de 1980.

D) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 23, numeral 2º), establece que los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en dicha ley, responderán en su totalidad por el pago irregular.

Igualmente, los considerandos indican que el Banco Colpatria, recibió de la Universidad de los Llanos, para cancelar los aportes parafiscales de la seguridad social de sus trabajadores, los cheques que allí se relacionan, girados a favor del Instituto de Seguros Sociales, y por un valor total de \$ 912.888.649.

1.2.5. El ISS menciona en el acto administrativo, que la Fiscalía General de la Nación adelanta una investigación para determinar si los dineros desembolsados por UNILLANOS por concepto del pago de aportes al ISS, fueron consignados en cuentas corrientes de dicha institución o cuál fue su destino, y en desarrollo de la investigación el CTI, mediante informe del 27 de octubre de 2000<sup>4</sup>, determinó que “la entidad bancaria más utilizada era Colpatria con 21 cuentas, de las cuales aparece registrada en dicha corporación solamente una, la que realmente corresponde al ISS, las otras cuentas no corresponden a números de cuentas de la entidad bancaria...”

1.2.6. En consecuencia, el ISS dispone en la Resolución 3632 de 15 de agosto de 2002, que conforme a las pruebas recaudadas, el Banco Colpatria se encuentra llamado a responder por el pago irregular, y sus empleados responsables, quedarán sometidos a las sanciones legales y reglamentarias del caso.

1.2.7. El Banco Colpatria procedió a presentar el respectivo recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución 4585 del 19 de noviembre de 2002, confirmando la Resolución 3632 del 15 de agosto de 2002.

---

<sup>4</sup> Folios 18 a 49 del cuaderno No. 4 del expediente.

1.3. Las normas que se consideran violadas son la Constitución Nacional, artículos 1º, 2º, 6º, 29, 116, 121 y 123 inciso 2º; Código Civil, en sus artículos 17, 25, 1494; Ley 100 de 1993, artículos 52, 177, 178 y 180; Ley 489, artículos 38 y siguientes; Decretos 2148 artículo 2º y 11 numerales 3º, 5º y 13; Decreto 1888, artículos 1º, 2º, 4º y 8º.

1.4. El concepto de violación fue expuesto así:

1.4.1. El artículo 1º de la C.N., es vulnerado porque los actos demandados violan el principio de la separación de poderes al ser inconstitucionales. En efecto, ni la Constitución ni la ley permiten que una Empresa Industrial y Comercial del Estado perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, por sí y ante sí, aduciendo facultades conferidas a su Representante Legal (Decreto 2148 de 1992, artículo 11, numerales 3, 5 y 13), que nada tienen que ver con la determinación adoptada por dicho Instituto, interprete la ley, traslade pruebas, cite jurisprudencias para fundamentar su decisión, califique la conducta del Banco Colpatria, quien es un tercero particular, con una relación contractual frente a dicho Instituto y lo declare responsable por el mal pago de unos cheques fiscales.

El ISS, mediante las Resoluciones atacadas, obró como juez de la República, sin ninguna facultad para ello, porque dichas facultades no existen, ni mucho menos pueden deducirse, inferirse o interpretarse.

1.4.2. El artículo 2º de la C.N. es violado porque el ISS, en lugar de proteger los derechos, como lo impone esta norma, desconoce derechos que son

fundamentales como el de la defensa del artículo 29 de la C.N, al imponer una carga gravosa al demandante y hacer interpretaciones fuera de cualquier parámetro legal.

1.4.3. Se vulneran los artículos 6º y 29 de la C.N., porque, en primer lugar, se debe tener en cuenta que la entidad demandante cuenta con la garantía constitucional de que su responsabilidad deba derivarse de la Constitución o de la ley. Siendo eso así, las Resoluciones atacadas no señalan el soporte constitucional o legal para que el Banco Colpatria sea declarado responsable por parte del ISS, por el pago de los aportes de los empleados de la Universidad de los Llanos, y a su favor. El Banco Colpatria no es responsable por los aportes parafiscales que la Universidad y sus empleados deben hacer al ISS.

El Presidente del ISS, en ejercicio de su representación legal, debió entonces, presentar, reclamar o intentar las demandas que él considere necesarias ante los tribunales y/o jueces competentes, para que ellos sí determinen la responsabilidad del Banco, aplicando las normas vigentes mediante una sentencia proferida en un proceso de conocimiento, y con la observancia de las plenitud de las formas propias de cada juicio. Con las Resoluciones demandadas el Presidente del ISS pretende resolver un asunto de competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción ordinaria y/o arbitral, conforme a la cláusula arbitral pactada en el contrato de prestación de servicios de recaudo y depósito de aportes No. 4129G. No existe ninguna norma legal, de cualquier rango, que le otorgue la competencia para fallar, condenar y declarar la responsabilidad de un tercero, con quien lo une una relación contractual regida por el derecho privado.



1.4.4. En cuanto a la violación al artículo 116 de la C.N., señala que las autoridades administrativas, solo excepcionalmente y por mandato de la ley, tienen la posibilidad de que se le atribuyan funciones jurisdiccionales. Si esto es así, la ley que hiciera esto, una ley de la República, debe expresamente otorgar dichas funciones jurisdiccionales, y no que por medio de interpretación se deriven esas facultades.

En las Resoluciones atacadas, el ISS cita como normas que le atribuyen la facultad para expedirlas, la ley 100 de 1993, artículos 52, 177, 178 y 180; el Decreto No. 1888 de 1994, artículo 1º, 2º, 4º y 8º y los artículos 2 y 11, numerales 3, 5 y 13 del Decreto 2148 de 1992, normas todas ellas que establecen y regulan las relaciones, facultades, obligaciones y procedimientos que el ISS tiene y ejerce frente a aquellas personas que por ley deben cancelar los aportes parafiscales para salud y seguridad social.

La declaración de responsabilidad contra el Banco Colpatria no puede ser emitida mediante resolución por el Instituto de Seguros Sociales, como ocurre en el presente caso que nos ocupa y al haberlo hecho así, dicho Instituto, atribuyéndose facultades jurisdiccionales que no tiene, viola flagrantemente el artículo 116 de la C.N.

1.4.5. El artículo 121 de la C.N., es violado por cuanto el ISS, al ser una autoridad estatal, pretende ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. El actor transcribe todas las normas señaladas en el punto anterior y que el ISS invocó como fundamento de su actuación, para señalar que de todas ellas no se puede concluir que el ISS, dentro de una relación contractual con un tercero diferente de aquellas personas que tienen la obligación legal de hacer sus aportes

parafiscales, pueda declarar responsable a dicho tercero por el supuesto pago indebido de unos cheques fiscales a favor de ese Instituto, por tanto, se están ejerciendo funciones distintas por parte de dicha autoridad administrativa.

1.4.6. La violación del artículo 123 inciso 2º de la C.N., la sustenta en que el Presidente del ISS, al expedir las resoluciones acusadas, no está ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, pues lo que está claro es que se presenta una extralimitación de las facultades y funciones asignadas a él.

1.4.7. Violación por indebida aplicación de la ley 100 de 1993 artículos 52, 177, 178 y 180; la ley 489 de 1998, artículos 38 y siguientes; Decretos 2148 de 1992 artículos 2 y 11 numerales 3, 5 y 13; y 1888 de 1994, artículos 1º, 2º, 4º y 8º.

Conforme a la exposición del demandante, han sido violadas por indebida aplicación la totalidad de las normas que el ISS, en las Resoluciones atacadas, esgrime como fundamento para la determinación adoptada en ellas. Reitera que dicho Instituto carece de facultades constitucionales, legales y menos aún reglamentarias, que le permitan declarar responsable a un establecimiento bancario, por el supuesto mal pago de unos cheques fiscales y en consecuencia crear la existencia de una obligación a cargo de dicho establecimiento bancario.

**1.5.-** El Instituto de Seguros Sociales, por medio de apoderada, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos.

1.5.1. Señala que el objeto del Convenio 4129G consistió en que la entidad recaudadora (Banco Colpatria), se obligó a nombre del Instituto a recibir formularios de autoliquidación y recaudar pagos por concepto de aportes a la seguridad social e igualmente a abonar en cuentas del instituto los dineros recaudados.

1.5.2. En cuanto a sus competencias legales, indica que por tratarse el ISS de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, se hace necesario reseñar lo que en relación con sus actos y actuaciones determinan las normas legales, específicamente el decreto 3130 de 1968, ley 489 de 1998 y el acuerdo No. 003 de 1995, pues estas normas, de forma unánime, determinan que todos aquellos actos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos, y por tanto serán justiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y todos los que expida para el desarrollo de su actividad propia industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado y competirá su conocimiento a la jurisdicción ordinaria. Para el caso específico, el decreto 2148 de 1992, establece en su artículo 2º:

*“Objeto. El Instituto dirigirá, administrará, controlará, vigilará y garantizará tanto la prestación de los servicios de seguridad social, como la afiliación y el recaudo de los aportes, en los términos que establecen la Constitución y la ley”.*

Esta función, por mandato constitucional, se tiene como servicio público, es decir, forma parte de la función administrativa que desarrolla el Estado, en los términos del artículo 48 de la C.N.

Por lo señalado, no es cierto que la relación contractual existente entre las partes se rija por el derecho privado, pues su contenido está relacionado con una función administrativa, que va a prestar una persona jurídica de derecho privado a nombre del Instituto, como es la de recaudar pagos por concepto de aportes al régimen de seguridad social y cualquier monto que se genere por este concepto, como a su vez, depositar y transferir los recaudos en las cuentas que para el fin determine el Instituto. De igual manera, y del contenido de la consideración del literal a) del Convenio, se acuerda que este se rige por la ley 100 de 1993, ley 45 de 1990, Código de Comercio en virtud de lo expuesto por el artículo 18 del decreto reglamentario 855 de 1994, e igualmente, por la ley 80 de 1993, luego se concluye que no es cierto que dicho convenio se halle regulado única y exclusivamente por el derecho privado.

1.5.3. Es cierto que el ISS es una autoridad administrativa, y como tal, expresa su voluntad a través de actos administrativos. La persona natural a la que se le ha atribuido por ley, específicamente, por el decreto 2148 de 1992, la competencia para cumplir y hacer cumplir los estatutos del Instituto y las normas vigentes relativas a la seguridad social, es al Presidente del Instituto (Artículo 11, numeral 13). Ahora, señala que la función administrativa es esencialmente reglada y cita nuevamente las normas del artículo 48 de la C.N; y el artículo 2º de la ley 100 de 1993, para referirse a que los recursos de la seguridad social son de naturaleza parafiscal y como tal, son inviolables. De ahí que le asista al Presidente del ISS la

facultad legal de velar por el exacto recaudo de dichos recursos y que ante el incumplimiento por parte de una persona jurídica de derecho privado que se obligó a prestar, a nombre del Instituto, la función del recaudo de aportes, se le imponga la obligación de su pago al ente recaudador incumplido. Lo que hace, entonces, es hacer efectivo el cobro de una obligación fiscal al sujeto pasivo, lo que confirma que el Banco Colpatria no actúa como tercero.

1.5.4. En cuanto a las pruebas provenientes de la Fiscalía, cita textualmente un aparte de la Resolución 3632 de agosto 15 de 2002, en la que se señala que de la investigación de esa Entidad se estableció que el Banco Colpatria, Sucursal La Catedral y El Parque de Villavicencio, abonó los cheques girados por la Universidad de los Llanos, en cuentas diferentes a las oficiales de esa entidad, lo que permite establecer que unos empleados de Corpavi, hoy Colpatria, manejaron con irregularidad el pago de aportes del ISS y que los dineros terminaron en cuentas no establecidas pero abiertas indudablemente en Colpatria, a nombre de terceras personas, quienes posteriormente retiraban el dinero de la entidad bancaria, apropiándose del mismo, hecho que solo era posible con la participación de los empleados de Colpatria.

1.5.5. Defiende que la actuación del Presidente del ISS no fue ilegal, y para reforzar su tesis, cita una Sentencia que resuelve sobre una acción popular<sup>5</sup>, de la que allega copia, en la que se dispone en su parte resolutive ordenar a dicho funcionario y al Contralor General de la República que procedan a la recuperación de las sumas indicadas en la acción, y al adelantamiento de los procesos de responsabilidad fiscal a que haya lugar, respectivamente, para que se reintegre

---

<sup>5</sup> Folios 2 a 57 del cuaderno No. 3 del expediente.

debidamente actualizado el valor que fue debidamente consignado a favor del ISS en la cuenta de Colpatria, Sucursal Villavicencio, sin que aparezca abonado a la cuenta respectiva del ISS. De allí se deduce que no se trata de una actuación ilegal y tampoco del ejercicio de funciones jurisdiccionales, como quiera que en ella no se está decidiendo un litigio o discusión de derechos sino que se busca hacer efectivo el cobro de deudas fiscales surgidas de la potestad impositiva del Estado.

Asimismo, indica el demandado que con el acto administrativo el Presidente del ISS impone una obligación, pero no declara ninguna responsabilidad, por lo que no se puede tener como un fallo en derecho, además, el accionante no solicita que se le exonere de responsabilidad.

## **II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

El a quo decidió declarar la nulidad de los actos demandados por considerar, en esencia, lo siguiente:

1.- Precisa que lo que se debate en el caso sublite es la falta de competencia del Instituto de Seguro Social para imponer una obligación pecuniaria a cargo del Banco Colpatria, derivada de un supuesto incumplimiento de un contrato de recaudo y depósito de aportes.

2.- Indica que con fundamento en el artículo 20 Transitorio de la C.P., mediante el Decreto 2148 de 1992 se reestructuró el Instituto de Seguros Sociales, como una Empresa y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de la Protección Social), con el objeto de controlar, vigilar y garantizar tanto la prestación de los servicios de seguridad social, como la afiliación y el recaudo de los aportes, en los términos que establecen la Constitución y la Ley.

Para el cumplimiento de su objeto, el Presidente del ISS tiene la facultad otorgada en el numeral 3º del artículo 11, del decreto señalado, de suscribir los actos y contratos necesarios para el desarrollo de sus funciones, en cuyo ejercicio suscribió con el Banco Colpatria, el Convenio para el recaudo de los aportes, en donde aquel estaba obligado a recaudar y depositar a favor del ISS los pagos por aportes al régimen de seguridad social que recibiera, entre otros, de la Universidad de los Llanos.

La obligación asumida por el Banco Colpatria fue incumplida, pues de las pruebas obrantes en el expediente, se estableció que los pagos realizados por Unillanos por concepto de aportes parafiscales, una vez recaudados eran consignados en cuentas no oficiales del ISS, lo que permitió deducir que tales dineros "...fueron objeto de negociación y pago indebidos del Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A".

No obstante, y aunque al ISS compete la vigilancia y recaudo de los aportes, la relación del Instituto con la entidad recaudadora se regía por las cláusulas

pactadas en el contrato de prestación de servicios de recaudo y depósito de aportes No. 41296 del 30 de enero de 1995.

En virtud de ese Convenio de carácter comercial, el Banco Colpatria, se obligó a recaudar los aportes al régimen de seguridad social hechos al ISS, y a transferirlos a las cuentas de la Entidad.

En ese acto bilateral, en la cláusula tercera, se estipularon sanciones por incumplimiento de la institución financiera recaudadora, destacando la sanción por mora en el incumplimiento en las fechas de consignación de los recaudos.

En el texto del Convenio se advirtió que en aplicación del artículo 32 de la ley 80 de 1993, este se regiría por el Código de Comercio.

Según consta en los actos acusados, con base en la conclusión de la Fiscalía, el ISS por sí y ante sí le impuso a Colpatria la obligación de pagarle \$912.888.649, más los intereses moratorios, equivalentes a los valores recaudados y no transferidos, es decir, en razón al incumplimiento de un contrato o convenio comercial, regido por el Código de Comercio, incumplimiento que no podía ser declarado unilateralmente por el ISS, y menos para derivar de allí una obligación pecuniaria a cargo de Colpatria, finiquitando, de alguna manera, una acción penal que debía definir responsabilidades penales y civiles de Colpatria, relacionadas con la ejecución fraudulenta del aludido convenio.



La parte demandada se equivoca al señalar que la expedición de los actos acusados obedeció a la Sentencia dictada por un juez con ocasión de una acción popular en la que ordena reintegrar los dineros recaudados y no transferidos al ISS, pues los actos enfocados en esa dirección se profirieron contra la Universidad de los Llanos en un juicio por jurisdicción coactiva y un proceso ordinario adelantado ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, encaminado a que se le declare civilmente responsable a Colpatria por los perjuicios causados al ISS, entre otros conceptos, por el valor capital correspondiente a doscientos veintiséis cheques irregularmente desviados.

En los actos acusados el ISS fundamenta la decisión en este proceso, en normas que se refieren a atribuciones del Presidente de ese Instituto para organizar, dirigir, administrar, controlar y garantizar el recaudo de los aportes, lo que no involucra la declaración de incumplimiento de un contrato o convenio comercial y la imposición de cargas derivadas del mismo, en este caso de competencia de la justicia ordinaria, que ha sido usurpada por el Presidente del ISS.

En consecuencia, se declaró la nulidad de los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho, dispuso que el Banco Colpatria no está obligado a pagar el valor de la obligación que le fue impuesta a través de estos.

### **III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El Instituto de Seguros Sociales, mediante apoderada, apeló la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

3.1. Comienza por reseñar que la decisión del a quo se fundamenta en la incompetencia del Presidente del Instituto de Seguros Sociales (ISS), para proferir las Resoluciones demandadas, considerando que usurpó las funciones del Juez de la República al declarar el incumplimiento del Convenio de Recaudo suscrito entre el Banco Colpatria S.A. y el ISS e imponer las cargas derivadas del mismo. Además, las normas en las que el Instituto fundamenta su decisión no involucran la declaración de incumplimiento de un contrato o convenio comercial y la imposición de cargas derivadas del mismo, en este caso de competencia de la justicia ordinaria, que ha sido usurpada por el ISS.

Hace alusión al artículo 48 de la Constitución Política y a que los recursos afectos a la seguridad social, por mandato constitucional, no se podrán destinar ni utilizar por las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, son inembargables y son exigibles ante las entidades públicas cuando éstas los adeuden, habilitando al beneficiario para proceder a la embargabilidad de los recursos estatales para hacerlos efectivos.

La ley 100 de 1993 determina que el ISS es el administrador exclusivo del régimen de prima media, constituida como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, cuyo objeto es dirigir, administrar, controlar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social, como la afiliación y el recaudo de los aportes, en los términos que establecen la Constitución y la Ley.

Para efectos del recado de los recursos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social, la ley 100 de 1993 facultó al ISS, en los términos del artículo 57 para realizar el cobro coactivo de los mismos.

El alcance de esa facultad administrativa y legal, contiene la obligación de operar el recaudo de los valores que constituyen aportes al Sistema de Seguridad Social y respalda la potestad del Instituto para la expedición del acto administrativo en cuestión.

Indica que, asimismo, la ley 6ª de 1992, en los artículos 112 y 113, señala las facultades de cobro coactivo para las entidades nacionales y cobro de los aportes parafiscales. El artículo 112, señala que las entidades públicas del orden nacional como Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos **y vinculados** (El ISS está vinculado al Ministerio de la Protección Social), **tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación.** (Negrilla en el texto). Por su parte, el artículo 113 señala que la fiscalización y el cobro de los aportes parafiscales deberán ser adelantados por las entidades que allí se señalan, dentro de las cuales se encuentra el ISS.

Para el presente caso, se trata del cobro de los valores derivados del giro ordinario de los negocios del ISS, como quiera que se trata de dineros producto del pago oportuno que efectuó el deudor principal de los mismos, circunstancia ésta ampliamente documentada en distintas actuaciones administrativas y judiciales.

La apelante respalda lo señalado, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en las que se confirma la facultad del ISS de realizar el cobro coactivo para hacer efectivos los créditos a su favor.

Por su parte, el Banco Colpatria S.A., fue contratado para realizar, por extensión, una función pública de recaudo, recibiendo a nombre del ISS los recursos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social.

3.2. El recaudo de los dineros se efectuó a través de los cheques fiscales, que de acuerdo con el artículo 1º de la ley 1ª de 1980 son aquellos girados por cualquier concepto a favor de las entidades públicas definidas en el artículo 20 del Decreto 130 de 1976”, y agrega la misma ley que *el beneficiario sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago; no podrán ser abonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria; no podrán modificarse al reverso la forma de negociación ni las condiciones de los mismos establecidos en el artículo 713 del Código de Comercio; no son negociables ni podrán ser pagados en efectivo. A estos Cheques se aplicarán en lo pertinente las normas contenidas en los artículos 737 y 738 del Código de Comercio. PAR. Prohíbese a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria acreditar o abonar en cuentas particulares cheques girados a nombre de las entidades públicas”.*

Estos cheques depositados al Banco son medios de pago que no cambian la naturaleza de los recursos, siguen siendo recursos del sistema y por lo tanto, al ISS le corresponde su persecución mediante los mecanismos permitidos en el artículo 57 de la ley 100 de 1993.

3.3. En cuanto a las normas del decreto 2148 de 1992, artículo 3º, numerales 2º y 4º, indica que corresponde al ISS:

*2. Efectuar la inscripción de sus afiliados, la facturación y el recaudo de los aportes correspondientes a los seguros sociales obligatorios, y fiscalizar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones en esta materia;*

*4. Garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del Instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes*

Estas normas denotan que la facultad administrativa y legal con que cuenta el Presidente del ISS, contiene la obligación de operar el recaudo de los valores que constituyen aportes al Sistema de Seguridad Social y respalda la potestad del Instituto para la expedición de los actos administrativos tendientes al cumplimiento de la obligación.

3.4. De la investigación de la Fiscalía Seccional Once (11) de Villavicencio, se estableció que los recursos fueron manejados irregularmente por funcionarios del Banco Colpatria y transferidos a terceros. De acuerdo con el artículo 48 de la C.N., esos recursos no podían tener destinación diferente a brindar las prestaciones que impone el Sistema de Seguridad Social. En este sentido, el ISS procedió a efectuar el cobro al Banco Colpatria S.A., por el valor de los cheques girados, sin que, como lo interpretó erróneamente el a quo, se haya declarado el incumplimiento del contrato o convenio comercial suscrito entre el ISS y el Banco Colpatria S.A.

Lo anterior lo respalda la apelante, en la acción popular, mediante la cual se ordenó al ISS, en Sentencia del 30 de agosto de 2002, del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, recuperar las sumas correspondientes y a la Contraloría General de la República, adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a que hubiere lugar. Esta Sentencia fue confirmada y modificada por la Sección 5ª del Consejo de Estado<sup>6</sup>, en el sentido de disponer la revocación del inciso segundo del ordinal 3º de la mencionada Sentencia, y en su lugar, ordenó al ISS y a la Contraloría General de la República iniciar en forma inmediata las acciones conducentes a la recuperación de los valores señalados.

Igualmente, con base en lo dispuesto por el Tribunal y el Consejo de Estado, la Contraloría inició el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, mediante auto No. 00085 del 25 de febrero de 2005, a través de la Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, el cual terminó con fallo 00001 del 2 de enero de 2007, dejando dicha responsabilidad única y exclusivamente en cabeza del Banco Red Multibanca Colpatria y la aseguradora Seguros Alfa S.A., por la suma de \$5.291.142.021.00.

3.5. El a quo considera que las Resoluciones Nos. 3632 del 15 de agosto de 2002 y 4585 del 19 de noviembre de 2002 declararon el incumplimiento del contrato o convenio comercial suscrito ente el Banco Colpatria y el ISS, lo que no corresponde al contenido de los precitados actos administrativos ya que si se pretendiera tal declaratoria se habían impuesto las cargas derivadas de dicho incumplimiento, tales como las multas, cláusulas penales, sanciones, daños y

---

<sup>6</sup> Folios 58 a 79 del cuaderno No. 3 del expediente.

perjuicios, etc. De ser así, el ISS no había procedido a reclamar dichos perjuicios, instaurando la acción ordinaria contra el Banco Colpatria S.A., la cual adelanta en el Juzgado Noveno (9º) Civil del Circuito de Bogotá, Expediente No. 2005-001477.

Precisamente, con respecto a las excepciones de pleito pendiente y falta de jurisdicción propuestas por el demandado Banco Colpatria, en ese proceso, afirma la apelante, se hicieron varios señalamientos que transcribe, y de los que se destaca: *“en lo que concierne a la identidad de uno y otro asunto de las pretensiones, tenemos que las imploradas para este asunto, son completamente diferentes a las consignadas en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual desde luego debe ser así dada la naturaleza de cada una de las acciones”*.

#### **IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

#### **V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el

---

<sup>7</sup> Folios 278 a 301 del cuaderno No. 2 del expediente.

recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2.- La apelación cuestiona el fallo impugnado en torno a los siguientes aspectos esenciales: (i) No es cierto que el Instituto de Seguros Sociales ISS carecía de competencia para expedir las Resoluciones acusadas, por cuanto de las normas que regulan sus facultades se establece la potestad para ese efecto, y en razón de la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social, para cuyo cobro y recaudo, el Instituto ejerce jurisdicción coactiva; ii) Tampoco corresponde a la verdad que el ISS se hubiere atribuido competencias del juez ordinario al declarar que el Banco Colpatria estaba obligado a pagar a favor de aquel la suma señalada en los actos demandados, toda vez que estos actos administrativos no se refieren al Convenio suscrito entre las partes, en virtud del cual, el Banco Colpatria, recauda los respectivos aportes, sino que se expidieron en ejercicio de la potestad coactiva del ISS, la cual lo faculta para cobrarse los créditos a su favor.

3.- La Sala estima necesario, comenzar por evaluar las facultades competenciales que invoca el ISS para expedir los actos acusados, y luego, procederá a esclarecer si es factible para el Instituto, ejercer potestad de jurisdicción coactiva con respecto al Banco Colpatria, en razón a que era esta la entidad a cargo del recaudo de los recursos parafiscales, mediante el abono de estos a las cuentas allí abiertas, a nombre del Instituto.



Pues bien, como se lee en la Resolución No. 3632 de 15 de agosto de 2002<sup>8</sup>, el Presidente del Instituto de Seguros Sociales hace uso de facultades conferidas por el Decreto No. 2148 de 1992, artículo 11, numerales 3, 5 y 13, normas que al efecto se transcriben:

*Artículo 11. Funciones del Presidente.-El Presidente del Instituto tendrá a su cargo las siguientes funciones:*

(...)

*3. Ejercer la representación legal del Instituto y suscribir los actos y contratos necesarios para el desarrollo de sus funciones.*

(...)

*5. Organizar, dirigir y controlar la inscripción de afiliados, la facturación y el recaudo de aportes, con arreglo a las disposiciones del Consejo Directivo;*

(...)

*13. Cumplir y hacer cumplir los estatutos del Instituto y las normas vigentes relativas a la seguridad social...”*

Como se observa, el contenido normativo de las disposiciones invocadas, resulta deficiente para inferir de ellas la competencia del ISS para imponer la obligación cuestionada, pues su alcance es bastante general y habilita, principalmente, para efectuar actividades administrativas que le permitan cumplir sus funciones ordinarias. Incluso, el numeral 5º, referente al recaudo de aportes, señala que el Presidente tiene facultades para “organizar”, “dirigir” y “controlar”, pero no atribuye una potestad que le permita declarar obligaciones a cargo de entidades bancarias recaudadoras, en los términos en que se expidió la Resolución 3632 de 15 de agosto de 2002.

---

<sup>8</sup> Folio 36 del Cuaderno No. 2.

Por su parte, la apelante invoca también el artículo 3º, del Decreto 2148 de 1992, en sus numerales 2º y 4º, según los cuales le corresponde al ISS, las siguientes funciones:

*“...Num. 2. Efectuar la inscripción de sus afiliados, la facturación y el recaudo de los aportes correspondientes a los seguros sociales obligatorios, y fiscalizar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones en esta materia;*

*(...)*

*Num. 4. Garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del Instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes...”*

Según estas disposiciones, reitera la apelante que era evidente la facultad administrativa y legal con que contaba el Presidente del ISS para expedir las resoluciones acusadas; de hecho, señala que estas normas contienen una obligación legal para que el funcionario acuda a las potestades con que cuenta para efectos del recaudo de los aportes.

Así las cosas, y aun cuando, como se anotó, la Sala no halla en las disposiciones transcritas el alcance suficiente para emitir los actos acusados, es menester evaluar si la potestad coactiva que ostenta el ISS le permitía perseguir los recursos de los aportes parafiscales en cabeza de la entidad bancaria a cargo de su recaudo, una vez realizado el depósito o pago por parte del empleador, como sucedió en el presente caso<sup>9</sup>. Esto con el fin de verificar si los actos demandados

---

<sup>9</sup> De ello da cuenta el informe de la Fiscalía de 27 de octubre de 2000 que reposa a folios 168 a 190 del cuaderno No. 2 del expediente.

obedecieron al desarrollo de dicha potestad, y por tanto, se expidieron conforme a la legalidad.

En este orden, es preciso indicar que el ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de una autoridad administrativa, ha de ser atribuida únicamente por la ley, según señala el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 13.2 de la Ley 270 de 1996<sup>10</sup>.

En materia de seguridad social, tal facultad se halla dispuesta en la ley 100 de 1993, que en su artículo 57, prescribe:

*“Cobro Coactivo. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con prestación definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos”.*

De tiempo atrás esta Corporación ha indicado que en materia de seguridad social la jurisdicción coactiva solo ha sido otorgada a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, de forma tal que para el año 2002, período en el que se expidieron los actos acusados, el ISS por disposición del artículo 57 de la Ley 100 de 1993, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, y desde el 1º de julio de 1995, era la única entidad autorizada para administrar el régimen de prima media

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección 5ª, Sentencia del 10 de abril de 2003, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

con prestación definida<sup>11</sup>. De este modo, es incuestionable su potestad de cobro coactivo.

Sin embargo, dicha potestad fue estatuida frente a las obligaciones insolutas en cabeza de quien estuviere obligado jurídicamente a hacer los aportes parafiscales correspondientes, y no de terceros, como se puede deducir del artículo 23 de la misma Ley, contentiva del régimen sancionatorio:

*“Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso...”* (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, del contenido del Decreto 2633 de 1994, reglamentario del artículo 57 de la ley 100 de 1993, se deriva que esa facultad de cobro coactivo se ejerce respecto de los empleadores obligados a realizar los aportes de ley<sup>12</sup>, sin que su regulación involucre a sujetos pasivos diferentes de los titulares de tal obligación.

Asimismo, esta Corporación en diversos fallos, relativos a la facultad de cobro coactivo que ejerce el ISS, se ha referido a que esta se despliega sobre los

---

<sup>11</sup> Léase la Sentencia de 11 de octubre de 2002, Sección Quinta, Exp. No. 2002-1770-01. M.P. Dr. Roberto Medina López.

<sup>12</sup> Por ejemplo, el artículo 2º del Decreto reglamentario en comento señala:

*“Del procedimiento para constituir en mora al empleador. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”.* (Subrayado fuera de texto).

aportes dejados de consignar por los empleadores. En Sentencia de la Sección Cuarta, de 17 de marzo de 2005, Exp. No. 2001-00940-01(14223), M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, se señaló<sup>13</sup>:

*“...El artículo 57 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” otorga facultades a las entidades administradoras para adelantar las acciones de cobro contra los empleadores que no efectúen el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. La misma Ley 100 en su artículo 23 sanciona el incumplimiento a la obligación de cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. El artículo 79 del Código Contencioso Administrativo, al que remite el artículo 57 de la Ley 100, autoriza a las entidades públicas para hacer efectivos los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva<sup>14</sup>...”*

Así las cosas, es de recalcar que la facultad de cobrar coactivamente los créditos que el ISS tiene a su favor, se predica de las obligaciones parafiscales cuyos sujetos pasivos son los empleadores. Además, la relación jurídica objeto de los aportes así cobrables, se deriva de la obligación que los empleadores contraen frente al ISS, la cual, dicho sea de paso, se extingue cuando estos realizan el respectivo depósito o pago en la entidad financiera o bancaria que el Instituto disponga para el efecto y dentro del plazo previsto por la ley. De este modo, la entidad bancaria, Banco Colpatria, viene a ser un tercero en la relación jurídica entre el Instituto de Seguros Sociales y el empleador, que permite instrumentalizar el respectivo pago, sin que ello implique en modo alguno que se haga titular o sujeto pasivo de la obligación parafiscal, contraída por un empleador.

---

<sup>13</sup> Léase también la Sentencia de la Sección 5ª, de 11 de octubre de 2002, Exp. 2002-1770-01. M.P. Dr. Roberto Medina López.

<sup>14</sup> Esta Sentencia indica también que para proceder al cobro coactivo de obligaciones relativas a la seguridad social es necesario que exista un título ejecutivo debidamente ejecutoriado para así proceder a ejercer el respectivo cobro.

La Sala estima que tampoco le asiste razón a la apelante, al sugerir que en consideración a que el pago de los aportes se hizo, por parte de la Universidad de los Llanos, mediante la figura de cheques fiscales girados por la Universidad a favor del ISS, su persecución en cabeza del Banco Colpatria corresponda al Instituto, acudiendo al cobro coactivo, habida cuenta de que aquel distrajo los recursos, mediante las anomalías internas allí encontradas. El desatino de este planteamiento estriba en que si bien el cheque fiscal ostenta unas particularidades que hacen que la entidad bancaria, en donde el mismo se deposite o pague, responda por las irregularidades halladas en su manejo<sup>15</sup>, ello no genera per se el despliegue, respecto de la entidad pública beneficiaria, de las facultades jurisdiccionales de cobro coactivo contra el establecimiento bancario. En efecto, la ley 1º de 1980 no trae disposición alguna que así lo permita u ordene, ni de las normas señaladas en materia de cobro coactivo de recursos parafiscales podría inferirse una potestad en ese sentido, pues, como se observó, la facultad de ejercer dicha jurisdicción se perpetra respecto del sujeto pasivo de la relación jurídica, que para el caso, se reitera, es el empleador, con independencia del medio de pago utilizado.

De lo anotado, se colige que no es de recibo acoger una tesis, como la que propone la apelante, en el sentido que dada la naturaleza parafiscal de los recursos, estos puedan ser perseguidos coactivamente en cabeza de la entidad

---

<sup>15</sup> "Ley 1ª de 1980, Artículo 5º. Los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo prescrito en esta Ley, responderán en su totalidad por el pago irregular y sus empleados responsables quedarán sometidos a las sanciones legales y reglamentarias del caso".

Estatuto Tributario, Artículo 799. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR PAGO IRREGULAR DE CHEQUES FISCALES. Los establecimientos bancarios que pagaren o negociaren o en cualquier forma violaren lo previsto en la ley sobre el cheque fiscal, responderán en su totalidad por el pago irregular y sus empleados responsables quedarán sometidos a las sanciones legales y reglamentarias del caso."

bancaria, toda vez que, como se ha precisado con ahínco, esta entidad no es la titular de la obligación parafiscal objeto de cobro.

Ahora, no sobra señalar que las Sentencias proferidas con ocasión de la acción popular que obran en el expediente, no tienen la vocación de fundamentar la legalidad de los actos administrativos enjuiciados, pues aunque estas ordenan al ISS iniciar en forma inmediata las acciones conducentes a la recuperación de los valores señalados, ello no implica, de ninguna manera, que se faculte al Instituto para que se atribuya funciones de cobro coactivo que no ostenta frente a la institución bancaria. Las acciones conducentes se referirán al adelantamiento de las gestiones del caso ante las autoridades judiciales competentes para el efecto, pero no a la apropiación de competencias que la ley no le ha otorgado.

4. Por otro lado, se señala en el escrito de apelación que el ISS no se está atribuyendo potestades que corresponden al juez ordinario al expedir los actos acusados, puesto que estos no se refieren al convenio comercial suscrito entre aquel y el Banco Colpatria, en virtud del cual este abrió cuentas a favor del Instituto para depositar los aportes de la seguridad social efectuados por la Universidad de los Llanos, entre otros empleadores.

Cabe anotar que de la lectura de la Resolución 3632 de 15 de agosto de 2002<sup>16</sup> no se observa alusión alguna a dicho Convenio, ni tampoco se hace referencia a este en la Resolución 4585 de 19 de noviembre de 2002<sup>17</sup>, por lo que no le asiste razón al a quo al declarar la nulidad de los actos acusados, con fundamento en que el

---

<sup>16</sup> Folio 36 cuaderno No. 2 del expediente.

<sup>17</sup> Folio 47 cuaderno No. 2 del expediente.

ISS hubiere usurpado facultades del juez ordinario al declarar el incumplimiento de la obligación de que trata el contrato comercial 4129G de 30 de enero de 1995.

La no interferencia con las facultades jurisdiccionales ordinarias, también se vislumbra en que el ISS interpuso la acción ordinaria pertinente para que el Juez Civil se pronuncie frente a la responsabilidad civil que le asista al Banco Colpatria, por el asunto bajo examen, y en el cual dictaminará sobre el pago que deba efectuar esta institución bancaria al ISS, por concepto de los cheques irregularmente operados.

Así las cosas, es de acotar que las resoluciones en cuestión no derivan su nulidad en el hecho de haberse atribuido el ISS funciones correspondientes a la jurisdicción ordinaria, por pronunciarse sobre el aludido contrato comercial o declarar responsable al Banco Colpatria, sino debido a la errónea utilización de las facultades de cobro coactivo. Ello, a su turno, pone de relieve que el Presidente del Instituto de Seguros Sociales actuó con falta de competencia al expedir las Resoluciones acusadas.

5. Finalmente, es menester pronunciarse en lo que hace al restablecimiento del derecho declarado por el a quo, según el cual, se ordena que, como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones acusadas, el Banco Colpatria no está obligado a pagar las sumas que allí se indican.

Para la Sala es irrefutable que una declaratoria en este sentido no es procedente en el sublite, puesto que, tal como consta en el expediente, los dineros girados



mediante los cheques fiscales al ISS fueron irregularmente manejados por parte del Banco Colpatria, lo que hace que este deba responder por esos montos en los términos del artículo 5º de la Ley 1ª de 1980 y del artículo 799 del Estatuto Tributario.

Además, nótese que el a quo fundamentó la ilegalidad de los actos acusados en que el ISS usurpó las funciones del juez ordinario, al declarar obligaciones derivadas de un convenio comercial, aspecto que, como se indicó, no corresponde a la realidad, pues los actos anulados no se refirieron a dicho contrato.

Así, en lo que atañe al pago requerido por el ISS al Banco Colpatria por los cheques irregularmente manejados al interior de esta institución bancaria, es perentorio estarse a lo que tenga a bien decidir el Juez del conocimiento<sup>18</sup>, siendo este pronunciamiento de su órbita de competencia y no de la del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el curso del presente proceso. Se advierte, entonces, que en caso de ordenarse por la autoridad competente el pago en cuestión, el Fallo del a quo podría devenir en burla de lo que el Juez Ordinario declare al respecto a cargo de la entidad bancaria.

En este orden, aun cuando se confirma la nulidad de los actos cuestionados, aclarando que tal decisión obedece no a los motivos aducidos por el a quo sino en atención a lo expuesto en el presente proveído, se advierte que no es procedente reconocer el restablecimiento del derecho, el cual ha de ser objeto de pronunciamiento en otros escenarios judiciales.

---

<sup>18</sup> Para el caso, es el Juez Noveno Civil del Circuito.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala confirmar parcialmente la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

#### **F A L L A**

**PRIMERO. REVÓQUESE** el numeral segundo de la sentencia de 1º de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, **DENIÉGUESE** el restablecimiento del derecho solicitado por la parte actora.

**SEGUNDO. CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia de 1º de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**TERCERO. RECONÓZCASE personería jurídica** al abogado DAVID MAURICIO SÁNCHEZ BERMÚDEZ, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 83.311.643 y Tarjeta Profesional No. 163081 del C. S de la J., como apoderado del Instituto de Seguros Sociales.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior Sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del veinticuatro (24) de mayo del año dos mil doce (2012).

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ      MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**  
Presidenta

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

