

ENTIDAD PUBLICA - Régimen jurídico / ENTIDAD PUBLICA - Jurisdicción / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Competencia - Evolución legal y jurisprudencial / JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - Criterio orgánico / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Naturaleza jurídica. Regulación legal. Cambio de naturaleza jurídica

Si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, consagraba la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, atribuyéndole el conocimiento y juzgamiento de aquellas controversias y litigios administrativos que se originaban en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñaran funciones propias de los distintos órganos del Estado. La citada norma cifró su atención en la naturaleza del litigio - de carácter administrativo-, para efecto de la atribución de la competencia a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Con la expedición de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, se introdujo una modificación al artículo 82 del C.C.A., con la cual se surtió un cambio radical al ampliar la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas, de manera general, en la actividad adelantada por las entidades públicas. La norma en comento, sustituyó la referencia que hacía el anterior texto del mismo artículo 82, a las “controversias y litigios administrativos”, por la expresión “controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, modificación que incluye, por regla general, a las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate –contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que el criterio adoptado en la norma es el subjetivo u orgánico, en el cual lo determinante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la actividad que cumple. Como quiera que para la época de la celebración del convenio No. 4129-D, de 30 de enero de 1995, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, naturaleza que fue confirmada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que las empresas industriales y comerciales del Estado, en términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado por servicios que integra la Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, son sin duda entidades estatales cuya actividad está sujeta al juzgamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo según lo establece la ley 1107 antes referida.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16661.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen jurídico y contractual / SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Régimen jurídico y contractual / CONVENIO DE SERVICIOS DE RECAUDO - Régimen jurídico aplicable

Para la época de la celebración del convenio No. 4129-D de 30 de enero de 1995, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, naturaleza que confirmó el artículo 275 de la Ley 100 de 1993. Por su parte el Banco GRANAHORRAR era una sociedad de economía mixta del orden nacional, con

régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia. A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con participación de capital estatal superior al 50%, se denominaron entidades estatales para efectos de la ley de contratación administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 1º, literal a). La misma Ley 80, en su artículo 24, numeral 1º, fijó como regla general para la selección del contratista, la licitación pública o el concurso público, pero también estableció algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en literal m) del numeral 1º del citado artículo. La Ley 80 de 1993, estableció para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta un procedimiento de selección especial, más ágil y expedito como lo es el de la contratación directa, cuando requiriera celebrar determinada clase de contratos. De conformidad con las normas antes transcritas (artículos 93 y 97 de la Ley 489 de 1998) los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 90%, evento en el cual se asimilan a aquellas, para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica, se sujetarán a las regulaciones del derecho privado, pero cuando se refirió a los contratos que estas entidades celebran para el cumplimiento de su objeto, determinó que el régimen que las regularía sería el del estatuto contractual de las entidades estatales. Armonizando las disposiciones de la Ley 80 con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se adoptarán tales disposiciones, pero en lo no exceptuado, éstos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual. Actualmente, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, según lo dispuesto por el artículo 14, el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, es el previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa. El objeto del contrato (4129-D de 30 de enero de 1995) consistía en prestar servicios para el recibo de las autoliquidaciones de aportes, el recaudo de las mismas, el depósito y transferencia de estos aportes a las cuentas del ISS y la entrega de los formularios e informes de recaudo al ISS; objeto que en manera alguna puede enmarcarse dentro de los elementos del contrato de prestación de servicios que define el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y más bien podría tenerse como un contrato financiero para el recaudo de recursos vinculados con los aportes del régimen de seguridad social y su transferencia al ISS, con los debidos soportes informativos, negocio jurídico que no se encuentra nominado por la Ley de Contratación Administrativa y que por tratarse de una actividad financiera estaría sometida al régimen jurídico del derecho privado, según lo prescrito por el Parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Del contenido de la norma transcrita, se infiere que todos los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, así sean estas de naturaleza estatal y las entidades financieras estatales, están exentas del régimen previsto en el Estatuto de Contratación Administrativa, en consecuencia, se encuentran sometidas al

régimen de derecho privado, que impone a las partes del contrato actuar en igualdad de condiciones, sin que alguna de ellas esté investida de potestades, así se trate de una entidad del sector público lo cual se confirma con lo prescrito por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 e igualmente en virtud de lo consagrado en el artículo 22 del C. de Co. Amén de lo anterior, en el propio contrato se estipuló, expresamente, que estaría regido por la Ley 100 de 1993, la Ley 45 de 1990 y el Código de Comercio, en virtud de lo establecido por el Parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el sometimiento de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta el régimen de derecho privado, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 19 de agosto de 2004, rad. 12342 y del 6 de febrero de 2006, rad. 13414. Sobre regímenes especiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil., conceptos de 29 de mayo de 2003, rad. 1488 y de 20 de noviembre de 2003, rad. 1537.

ENTIDADES ESTATALES - Facultad para imponer multas / MULTAS - Evolución legal y jurisprudencial / MULTAS - Imposición conforme a la Ley 80 de 1993 / MULTAS - Imposición conforme a la Ley 1150 de 2007. Retrospectividad / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Aplicación

El tema de la potestad de la Administración para imponer directamente las multas, mediante acto administrativo, no ha sido pacífico. Entre las providencias dictadas por la Sala en las cuales se admitió que en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Administración contaba con competencia para imponer multas, se destacan las siguientes: auto de 6 de agosto de 1998, expediente 14558, sentencia de 29 de junio de 2000, expediente 16756 y auto de 4 de junio de 1998, expediente 13988. Nuevamente en el año 2002 la Sala, estando en vigencia de la Ley 80 de 1993, se refirió a la facultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato (sentencia de 20 de junio de 2002, rad. 19488). En el año 2005, en sentencia 20 de octubre, expediente 14579, la Sala modificó su criterio y determinó que según los mandatos de la Ley 80 de 1993, la Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del contrato, lineamiento que permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007. De conformidad con estos lineamientos, que la Sala ahora reitera, con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas indicando el procedimiento a seguir para ello. De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si éstas se hubieren pactado en el respectivo contrato. La norma es enfática en determinar el carácter conminatorio

de la multa cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150, de manera explícita, las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientados a apremiar al contratista para que éste de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados. De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaratoria de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad. Cabe resaltar otro aspecto importante en relación con los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo Parágrafo Transitorio extendió la facultad de imponer las multas, incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando hubieren sido pactadas y por voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Opera aquí la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y cobro de las multas siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto, pero además hubieren aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que ha sido entendido por la doctrina como “retrospectividad” de la norma.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la retrospectividad de la ley, Consejo de Estado, sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 21574.

ENTIDAD ESTATAL - Facultad para imponer multas / MULTA - No procede en contratos interadministrativos / MULTA - No procede en contratos de derecho privado / CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS - No procede multa / COMPETENCIA - Principio de legalidad / COMPETENCIA - Presupuesto de validez de la actuación administrativa

Como el convenio 4129-D se rigió por el régimen del derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común. Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado. Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta

clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993, si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos. La jurisprudencia de la Sección Tercera ha determinado que la competencia constituye el primero y más importante requisito o presupuesto de validez de la actividad administrativa que faculta a quien ejerce funciones administrativas actuar dentro del marco de la legalidad, en acatamiento del derecho fundamental del debido proceso y el principio de legalidad, consagrados en la Constitución Política, esenciales en un estado de derecho. Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia como presupuesto de la actividad de la Administración, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 29 de agosto de 2007, rad. 15324, de 16 de febrero de 2006, rad. 13414; de 16 de febrero de 2006, rad. 13414 y de 11 de mayo de 1999, rad. 10196.

MULTA - Nulidad del acto. Efectos / MULTA - Reintegro de la suma pagada. Indexación / DAÑO - Reparación integral / INERESES - Improcedencia de su pago

Si la multa se pagó en su totalidad como se encuentra probado y el acto administrativo que la impuso, Resolución No. 0400 de 2000 y aquel que la confirmó, Resolución 4259 del mismo año, se encuentran viciados de nulidad, como también ha sido demostrado; consecuencia lógica es que los actos demandados, por efecto de la nulidad que será declarada, desaparezcan de la vida jurídica y, por lo tanto, la multa impuesta pierde su fundamento legal situación que impone su devolución a la parte que fue sancionada, esto es, a la Corporación GRANAHORRAR. La reparación del daño antijurídico causado por la Administración pública debe ser integral, en consecuencia, el valor que corresponde al resarcimiento del perjuicio debe actualizarse o indexarse al momento en que se produzca el reintegro efectivo, con el fin de traer a valor presente la suma que será devuelta y de esta manera compensar el fenómeno económico de la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo o depreciación. En este contexto debe llegarse a la conclusión que la suma que debe reintegrarse a la parte actora, en virtud de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que impuso la sanción, deberá ser indexada con el fin de mantener el valor del dinero en el tiempo. El valor de la multa impuesta, que debe ser reintegrada a la Corporación GRANAHORRAR, indexada al mes de julio de 2009, con el IPC, asciende a cuatrocientos treinta y tres millones veintiún mil ochocientos seis pesos (\$433'021.806) M/Cte. La parte actora, también reclamó a

título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones: i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada. ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS. iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución. iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contenido y alcance de la actualización del dinero, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de mayo de 1988, rad. 4303, MP. Carlos Betancur Jaramillo y del 28 de octubre de 1994, rad. 8092, MP. Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)

Actor: BANCO GRANAHORRAR

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: CONTRACTUAL-APELACION SENTENCIA

Atendiendo lo prescrito por el artículo 7º de la Ley 1150 de 2006, sobre la prelación de los procesos en los cuales sea parte una entidad pública en liquidación y teniendo en cuenta que el Instituto de los Seguros Sociales lo es,

procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra la sentencia de 3 de diciembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“Primero: *Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este proveído.*

Segundo: *Deniéguense las pretensiones de la demanda.*

Tercero: *Sin condena en costas.*¹

1. - ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El Banco GRANAHORRAR, representado mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra del Instituto de los Seguros Sociales - ISS, en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de mayo de 2001, en el cual formuló las siguientes pretensiones:

“2.1. *Se declare la nulidad de las Resoluciones 400 y 4259, ambas de 2000 expedidas por el PRESIDENTE DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.*

2.2. *A título de restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de nulidad impetrada, se ordene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reintegro de la multa pagada por mi representado el 11 de enero de 2001, por la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$265.457.878) debidamente actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumidor.*

2.3. *Que se ordene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES reconocer a mi representado el interés bancario corriente desde la fecha de realización del depósito, el 11 de enero de 2001, hasta la fecha en que se realice la devolución, sin perjuicio del pago de intereses de mora conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”*²

¹ Folio 169, cd. ppal. 2.

² Folios 3 a 4, cd. ppal. 1.

1.2. Los Hechos.

Los hechos narrados por la parte actora se sintetizan de la siguiente manera:

- a) El 30 de enero de 1995, el ISS y el Banco GRANAHORRAR, suscribieron el convenio 4129 D, que tuvo por objeto la "Prestación de Servicios de Recaudo y Depósito de Aportes" según lo pactado en la cláusula primera del mismo.
- b) Mediante comunicaciones periódicas remitidas por la Jefe del Departamento Nacional de Cuentas Corrientes y la Gerente Nacional de Recaudo del ISS, se informó a GRANAHORRAR su presunta extemporaneidad en la presentación de las autoliquidaciones correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, agosto, septiembre y octubre, todas del año de 1999, hecho que acarrea como consecuencia la imposición de sanciones pecuniarias por distintas cuantías, las cuales debían ser pagadas dentro de los 5 días hábiles siguientes y de no hacerlo, se expedirían las resoluciones imponiendo las respectivas sanciones.
- c) Igualmente el ISS, mediante Resolución No. 400 de 15 de febrero de 2000, impuso sanción pecuniaria a GRANAHORRAR, por valor de \$269'934.854, por el presunto incumplimiento en la entrega de documentos relacionados con los períodos de recaudo detallados en el último párrafo de la página 2 de la citada resolución, decisión que fue impugnada mediante el recurso de reposición el cual fue resuelto por Resolución No, 4259 de 21 de noviembre de 2000, quedando agotada la vía gubernativa.³

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas de orden constitucional y legal que considera violadas, señaló las siguientes:

- a) Artículos 6º, 29, 121 y 122 de la Constitución Política:

³ Folios 4 a 7, cd. ppal. 1.

Como fundamento de la acusación señaló que el ejercicio de competencias de las autoridades administrativas debe provenir de la ley y no del contrato y que cuando se trata de la imposición de sanciones con mayor razón la ley deberá definir la conducta infractora, la sanción imponible y la autoridad competente para tomar la decisión, toda vez que el contrato no puede ser fuente de atribuciones punitivas.

Agregó que el ejercicio de potestades por el Estado en los contratos que celebren las entidades públicas procede en el ámbito de la Ley 80 de 1993 pero no respecto de la contratación que es ajena a ellos, puesto que en estos casos el Estado actúa en plano de igualdad con los particulares, amén de que en el contrato de prestación de servicios se previó la no aplicación y la sujeción exclusiva a la Ley 100 de 1993 y a la Ley 45 de 1990, así como a la legislación mercantil, de tal suerte que el ISS actúa en ejercicio del giro ordinario de su objeto social y no como autoridad pública.

Precisó que cuando las empresas industriales y comerciales del Estado cumplen actividades mercantiles se colocan en un plano de igualdad con los administrados sin que les sea posible imponer sanciones mediante la expedición de actos administrativos y de hacerlo, su actuación está viciada de incompetencia y lesiona el principio de legalidad, lo cual conlleva a la nulidad de los actos administrativos expedidos.⁴

- b) Artículos 29 de la Constitución Política, 14 y 35 del Código Contencioso Administrativo. Violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Considera que con los actos administrativos expedidos se violó el derecho al debido proceso y el de contradicción, toda vez que los oficios remitidos a GRANAHORRAR antes de imponer la sanción pecuniaria no reúnen los requisitos exigidos para que esta sociedad pudiera oponerse a las acusaciones que fueron formuladas en ellos y de esta manera ejercer debidamente el derecho de defensa; además, en ellos se fija de plano el valor de la multa y el lugar de pago, es decir, que primero se sancionó y luego se procedió a escuchar al particular.

Así mismo, sostuvo que la contradicción de la prueba hace parte del derecho de defensa y, por lo tanto, la orden de decretarla así como la prueba misma debe ser conocida por el particular para tener la oportunidad de controvertirla, pero en el

caso a estudio el ISS decretó y practicó la prueba durante el trámite del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 400 de 2000, que tan solo pudo ser conocida por el interesado con la notificación de la Resolución No. 4259 de 2000 que lo resolvió desfavorablemente, prueba que fue determinante en la decisión tomada por la Administración.

Concluyó que el ISS violó el derecho de defensa en el procedimiento administrativo adelantado, que culminó con la expedición de la Resolución No. 400 de 2000 y en el trámite de la vía gubernativa que se agotó con la Resolución 4259 del mismo año y, por lo tanto, los actos acusados se encuentran afectados de nulidad.⁵

- c) Violación del artículo 1602 del Código Civil en concordancia con el artículo 822 del Código de Comercio y violación del artículo 871 del Código de Comercio. Extralimitación de las facultades contractuales del ISS.

Advirtió que la sanción impuesta por el ISS se hizo de manera extemporánea, según lo previsto por el numeral 4º de la Cláusula Tercera del contrato de prestación de servicios 4129, es decir, por fuera de los 90 días calendario contados a partir de la fecha en que detectara el error, puesto que el momento en que el Instituto está en condiciones de advertirlo, es aquel en que recibe la documentación relativa a la autoliquidación de aportes que no sea conciliable con los valores que le han sido entregados por el Banco a dicho título y cualquier otro momento para la determinación de la presunta falta haría inaplicable la sanción por ausencia de certeza sobre la tipificación de la conducta presuntamente infractora, de donde la sanción vendría a quedar librada al mero arbitrio de la Administración.

Concluyó que el contrato estableció una cláusula penal convencional y un término también convencional para su ejercicio, en consecuencia, *“la imposición extemporánea de la pena convencional acarrea la violación del contrato y, por contera, de la ley que dispone el carácter vinculante de éste último. Por tanto, los actos atacados son nulos por este aspecto.”*⁶

1.4. Actuación Procesal en primera instancia.

⁴ Folios 7 a 9, cd. ppal.1.

⁵ Folios 9 a 10, cd. ppal.1.

Por auto de 18 de julio de 2001, el Tribunal admitió la demanda, ordenó su notificación personal al Presidente del ISS o su delegado y al Agente del Ministerio Público y dispuso su fijación en lista; también señaló el monto de los gastos de notificación y ordenó su consignación.⁷

Por auto de 6 de febrero de 2002, se abrió el proceso a pruebas.⁸

1.5. Contestación de la demanda.

Dentro del término de fijación en lista el Seguro Social, por intermedio de apoderado, contestó la demanda, en su escrito se opuso a los hechos y pretensiones formuladas; los argumentos de su defensa se resumen así:

- a) En relación con las normas que se dicen violadas precisó que era contradictoria la argumentación expuesta por la entidad demandada al desconocer el origen contractual de las multas impuestas por el ISS, para ubicarlas en el escenario del *ius puniendi* del Estado, pero a la vez reconoció su origen contractual para argumentar en contra de ellas el desconocimiento del plazo convencional previsto por las partes para su ejercicio, asignándole a la cláusula de multas el carácter de una cláusula penal pecuniaria que evidentemente no posee, por cuanto las multas son de naturaleza coercitiva orientadas a la tutela del interés público, mientras que la cláusula penal tiene carácter reparatorio o indemnizatorio y excepcionalmente es de orden compulsivo.

- b) Cuestionó la argumentación expuesta en la demanda en cuanto que el actor le otorga naturaleza meramente privada al contrato incumplido, ubicando sus prestaciones en el giro de los negocios de los establecimientos de crédito pero olvida que el ISS no participa de dicha naturaleza jurídica. Igualmente manifestó que el actor desconoce la potestad de que están investidas las entidades estatales para supervisar el desempeño del contratista, durante la ejecución del contrato, fundada no solo en las estipulaciones contractuales sino también en las prerrogativas del poder

⁶ Folios 10 a 11, cd. ppal.1.

⁷ Folios 88 a 89, cd. ppal. 1.

⁸ Folio 118, cd. ppal.1.

público, como el privilegio de la decisión previa que las facultan para exigir el cumplimiento de las obligaciones.

- c) Afirmó que los principios del debido proceso fueron acatados a cabalidad por el ISS, como lo demuestran los oficios que fueron enviados al contratista advirtiéndole que había incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones e insistiendo en la entrega de los documentos faltantes, así como en la cancelación de las multas que contractualmente se habían causado, dando curso a la reposición interpuesta y resolviendo en forma oportuna la impugnación.
- d) Finalmente señaló que no son ciertas las aseveraciones en cuanto que la multa se impuso de manera extemporánea
- e) Como excepciones propuso las que denominó "*Falta de jurisdicción y competencia*" y "*caducidad de la acción*".⁹

1.7 La sentencia Apelada.

Es la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de diciembre de 2002, mediante la cual se denegaron las pretensiones formuladas en la demanda; se declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y se abstuvo de condenar en costas.

La decisión se sustentó con los argumentos que a continuación se sintetizan:

- a) En cuanto al cargo de falta de competencia del ISS para imponer la sanción.

El Tribunal luego de examinar las estipulaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios de recaudo y depósito, relativas a las sanciones que se pueden imponer al contratista, manifestó no compartir las apreciaciones del actor en cuanto a que el ISS carecía de competencia para imponer la multa a GRANAHORRAR, por el incumplimiento en la entrega oportuna de las autoliquidaciones, puesto que está probado en el proceso el retraso por parte de la

⁹ Folios 92 a 100, cd. ppal 1.

actora en la entrega oportuna de los citados documentos que hacían parte de sus obligaciones contractuales.

Agregó que las cláusulas relativas a la imposición de multas no son ajenas al derecho común e incluso aparecen previstas en las normas de derecho privado, tal como lo consagran los artículos 1592 del C.C. y 867 del C. de Comercio, normas que por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 90 de 1993 son fuente de regulación del contrato estatal, razón por la cual su estipulación era legal con el fin de asegurar el cabal cumplimiento del contrato en el caso de mora en la satisfacción de alguna de sus obligaciones y se refirió a jurisprudencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

b) En relación con el cargo de violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Manifestó el Tribunal que los argumentos expuestos por la parte actora carecen de respaldo probatorio, toda vez que por el contrario se probó, con documentos allegados al proceso, que en el contrato celebrado se habían pactado las multas por mora, como también se aportaron los oficios que prueban los continuos requerimientos formulados por el ISS a GRANAHORRAR debido a la demora en la entrega de los paquetes de autoliquidación, entidad bancaria que tácitamente aceptó su incumplimiento, pues no obra en el expediente documento alguno en el cual hubiera controvertido tales oficios; pero además, en comunicación de 21 de junio de 1999, el Director Operativo de GRANAHORRAR, en respuesta a uno de los oficios en el cual se hizo uno de los requerimientos, manifestó expresamente, reconocer la obligación de cancelar la multa correspondiente a 236 días de extemporaneidad.

En cuanto a la prueba que según el demandante, no pudo controvertir al agotarse la vía gubernativa, precisó el Tribunal que se trata de un memorando interno que fue enviado entre oficinas con el fin de dar soporte a la resolución mediante la cual se resolvió el recurso de reposición y que por lo tanto, no encuentra lógico que para rendir un concepto técnico deba intervenir la parte demandante.

c) Sobre el cargo de extralimitación de facultades por parte del ISS.

El Tribunal se refirió al numeral 4º de la cláusula tercera del convenio 4129 D de 1995 y precisó que el término que tenía el ISS para imponer la multa era de 90 días calendario, contados a partir de la fecha en que esta entidad detectara el error lo cual solo podía suceder en el momento en que GRANAHORRAR le entregara las autoliquidaciones, pues sólo con ello se podían cotejar las fechas de recibo de las mismas ante la entidad recaudadora y la fecha de envío al ISS, de tal suerte que hasta no enviar dichos documentos, la entidad demandada no podía advertir la extemporaneidad.

Así que el ISS hizo uso de sus facultades en la oportunidad estipulada por las partes en el respectivo contrato tal como lo demuestran los documentos que hacen parte del informe elaborado por la Gerencia Nacional de Cuentas Corrientes del ISS con destino a la Oficina Jurídica de la entidad demandada con el fin de resolver el recurso de reposición que agotó la vía gubernativa.

Concluyó el Tribunal que los cargos formulados no podían prosperar por carecer de fundamento.¹⁰

1.8. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, la parte demandante representada mediante apoderado judicial, interpuso recurso de apelación dentro del término que para el efecto establece la ley¹¹. En la sustentación del recurso solicitó la revocatoria del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia. Los argumentos de la impugnación, se concretan en los siguientes aspectos:

- a) Insistió en la falta de competencia del ISS para imponer la sanción de multa, toda vez que las normas de derecho privado no consagran facultad alguna para tomar esta medida mediante acto administrativo y afirmó que el Tribunal confundió el ejercicio de funciones administrativas con el objeto social de una entidad financiera administradora de pensiones, pero también confundió una cláusula penal contractual regida por el derecho privado, con la facultad sancionatoria de la Administración, invocando una cláusula exorbitante que no existe en el contrato.

¹⁰ Folios 158 a 169, cd. ppal 2.

La condición de institución financiera que detenta el ISS como administradora de pensiones del régimen solidario de prima media fue plasmada en el convenio 4129D de 30 de enero de 1995 celebrado entre las partes y, por lo tanto, no puede imponerse una penalidad mediante acto administrativo, en un contrato regido por las normas propias de la actividad empresarial, toda vez que al hacerlo la autoridad estatal incurriría en extralimitación de competencias y el acto así expedido estaría viciado de ilegalidad. Lo anterior, por cuanto las autoridades administrativas únicamente se encuentran facultadas para ejercer las funciones que expresamente les asignan la Constitución Política y la Ley.

Agregó que el ISS debió aplicar la cláusula penal propia del derecho privado y no bajo la imposición unilateral del imperio estatal, propio de la función administrativa.

- b) Reiteró lo expuesto en la demanda en cuanto a la violación al debido proceso, al derecho de defensa y contradicción, por cuanto en su sentir se sancionó al contratista con base en un documento interno de la Administración que no fue conocido por éste y que en consecuencia, no pudo controvertir.
- c) Igualmente, reiteró que así el ISS hubiere sido competente para imponer la sanción, lo cierto es que lo hizo de manera extemporánea, esto es, por fuera de los 90 días contados a partir de la fecha en que el ISS detectó el error, según lo establecido en la Cláusula Tercera del contrato.

Además, sostuvo que el a quo confundió la actuación administrativa previa con el acto administrativo definitivo. Agregó que los actos de la Administración que preceden a la decisión tiene el carácter de actos preparatorios y como tales no comportan una decisión ejecutoria de aquella, razón por la cual, los oficios de liquidación de multas, precedentes a la Resolución 400 de 15 de febrero de 2000, constituyen meros actos de trámite dentro del procedimiento administrativo previo a la expedición del citado acto definitivo.

Adujo que en virtud del principio de tipicidad para que una sanción sea procedente debe además describirse la conducta punible y también las circunstancias de modo, tiempo y lugar para su realización.¹²

¹¹ Folio 127 cd. ppal. 2.

¹² Folios 181 a 190, cd. ppal. 2.

1.9 Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Corrido el término del traslado para alegar y rendir concepto,¹³ las partes intervinieron en esta etapa procesal, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

1.9.1 Alegato de la parte demandante.

En su alegato de conclusión la parte actora reiteró en gran parte los argumentos expuestos en el escrito de apelación en cuanto a la falta de competencia del ISS para imponer la sanción de multa al contratista; las confusiones conceptuales en que incurrió el a quo; la actividad empresarial que desarrolla el ISS como administrador del sistema de pensiones, circunstancia que en su sentir, determinaba la aplicación del régimen de derecho común que impedía el ejercicio de potestades propias de la función administrativa.

Con fundamento en lo anterior, consideró que las resoluciones 0400 y 4259 de 2000, expedidas por el Presidente de los Seguros Sociales, violaban normas constitucionales y legales, razón por la cual, solicitó la declaratoria de su nulidad.

De nuevo se refirió a los otros dos cargos formulados por violación del derecho de defensa y debido proceso y a la extralimitación de facultades contractuales por parte del ISS en la expedición de los actos administrativos acusados.

Finalmente solicitó la revocatoria del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada.¹⁴

1.9.1 Alegato de la parte demanda.

La entidad pública demandada, adujo que son equivocados los planteamientos hechos por la parte actora, por cuanto el ISS es una empresa industrial y comercial del Estado y, por lo tanto, una entidad estatal en términos de lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993; que el contrato celebrado es

¹³ Folio 194, cd. ppal 2.

¹⁴ Folios 196 a 218, cd. ppal 2.

un contrato estatal y la competencia para conocer de la controversia es de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Manifestó que el ISS, como entidad estatal era competente para expedir el acto administrativo tal como lo había señalado el a quo y como lo había determinado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y que adicionalmente, la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos acusados se había adelantado en debida forma; se habían interpuesto los recursos de ley y éstos se habían resuelto, entendiéndose agotada la vía gubernativa.¹⁵

2. -CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debate en el presente proceso, la nulidad de los actos administrativos, expedidos por el Instituto de los Seguros Sociales, mediante los cuales se impuso sanción de multa al contratista y se confirmó la decisión, al haber incurrido en mora injustificada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, contraídas mediante el convenio No. 4129 D, de 30 de enero de 1995 cuyo objeto consistía en la prestación de los siguientes servicios: a) Recibo de autoliquidaciones de aporte diligenciadas en formularios; b) Recaudo de pagos por concepto de aportes al régimen de seguridad social y cualquier monto en general por este concepto; c) Depósito y transferencia de los recaudos en las cuentas que determinara el ISS y d) Entrega de formularios e informes de recaudo al ISS.

La apelación fue formulada por la empresa contratista con el fin de que se revocara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del *a quo* mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

El estudio del asunto sometido a conocimiento de la Sala se adelantará en el siguiente orden: 1) Competencia de la Sala; 2) Régimen jurídico aplicable al convenio de prestación de servicios No. 4129-D, de 30 de enero 1995; 3) La facultad de las entidades estatales par imponer multas 4) Los hechos probados; 5) El caso concreto: 5.1 Las razones que dieron lugar a la controversia suscitada entre las partes. Los cargos formulados; 5.2 El reintegro de la multa pagada.

¹⁵ Folios 219 a 223, cd. ppal 2.

2.1. Competencia de la Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, la Sala es competente para conocer, en segunda instancia, del presente proceso proveniente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por vía de apelación.

Resulta pertinente precisar que si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional. Este criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades por esta misma Sala, para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos son contratos estatales¹⁶, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes.

¹⁶ Así, por ejemplo, ha dicho esta Sección -auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16.661- que: "Es necesario aclarar que si bien es cierto los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado (art. 31 ley 142 y arts. 8 y 76 ley 143 de 1994), no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato. "..."

"4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

"1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

"2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

"De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

"1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

"2º Contratos estatales especiales."

"En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (art. 82 c.c.a), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden."

El artículo 82¹⁷ del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, consagraba la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, atribuyéndole el conocimiento y juzgamiento de aquellas controversias y litigios administrativos que se originaban en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñaran funciones propias de los distintos órganos del Estado. La citada norma cifró su atención en la naturaleza del litigio - de carácter administrativo-, para efecto de la atribución de la competencia a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con la expedición de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, se introdujo una modificación al artículo 82 del C.C.A.¹⁸, con la cual se surtió un cambio radical al ampliar la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas, de manera general, en la actividad adelantada por las entidades públicas.

La norma en comento, sustituyó la referencia que hacía el anterior texto del mismo artículo 82, a las “*controversias y litigios administrativos*”, por la expresión “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”,

¹⁷ El texto del artículo 82 del C.C.A. antes de ser modificado por la Ley 446 de 1998, es del siguiente tenor:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

¹⁸ Dispuso esta norma en el artículo 1º: “El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

modificación que incluye, por regla general, a las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate –contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que el criterio adoptado en la norma es el subjetivo u orgánico, en el cual lo determinante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la actividad que cumple.

Como quiera que para la época de la celebración del convenio No. 4129-D, de 30 de enero de 1995, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992¹⁹, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, naturaleza que fue confirmada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993²⁰ y teniendo en cuenta que las empresas industriales y comerciales del Estado, en términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado por servicios que integra la Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, son sin duda entidades estatales cuya actividad está sujeta al juzgamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo según lo establece la ley 1107 antes referida.

2.2 Régimen jurídico aplicable al convenio de prestación de servicios No. 4129-D de 30 de enero de 1995.

Con el fin de dilucidar algunos de los aspectos materia de la controversia, como aspecto inicial, resulta fundamental adelantar el examen sobre el régimen jurídico que gobernó el convenio de prestación de servicios 4129-D de 30 de enero de 1995, en tanto que la decisión que se cuestiona fue tomada invocando las potestades de que se encuentra investida la Administración pública en su condición de contratante, frente al particular contratista.

¹⁹ El artículo 1º del Decreto 2148 de 1992, prescribe: *El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

²⁰ El artículo 275 de la Ley 100 de 1993, estableció: *“El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

Como ya se dijo, para la época de la celebración del convenio No. 4129-D de 30 de enero de 1995, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992²¹, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, naturaleza que confirmó el artículo 275 de la Ley 100 de 1993²². Por su parte el Banco GRANAHORRAR era una sociedad de economía mixta del orden nacional, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia.²³

Las empresas industriales y comerciales del Estado, fueron definidas por el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968, como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial de acuerdo a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley, y que reúnen las siguientes características: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y iii) capital independiente el cual se encuentra constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Así mismo, el Artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 definió las sociedades de economía mixta como *“organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.”*

²¹ El artículo 1º del Decreto 2148 de 1992, prescribe: *El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

²² El artículo 275 de la Ley 100 de 1993, estableció: *“El Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

²³ Folio 15, cd. ppal 1.

El Decreto 3130 de 1968,²⁴ norma vigente cuando se celebró el contrato consagraba en su artículo 31:

“Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.”

De otra parte el artículo 34 de la misma normativa, disponía:

“Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.”

El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía mixta al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala²⁵, en *“la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”*, de tal manera que *“...sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa*

²⁴ El artículo 121 de la Ley 489 de 1998, derogó expresamente el Decreto 3130 de 1968.

²⁵ Sentencia del 19 de agosto de 2004. Expediente 12.342. Actor: Sociedad Tronix Ltda. reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13414.

disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes....”

A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con participación de capital estatal superior al 50%, se denominaron entidades estatales para efectos de la ley de contratación administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 1º, literal a)²⁶.

La misma Ley 80, en su artículo 24, numeral 1º, fijó como regla general para la selección del contratista, la licitación pública o el concurso público, pero también estableció algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en literal m) del numeral 1º del citado artículo, cuyo texto es el siguiente: *“los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.”*

Quiere decir que los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, referidos a los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado, se rigen por la regla general de selección (licitación pública o concurso público) -salvo en los casos de menor cuantía previstos en el ordinal a), numeral 1º del artículo 24, de la Ley 80 de 1993-, así se trate de aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de sus actividades industriales o comerciales, puesto que por expresa disposición legal no se encuentran excepcionados. Todos los demás *“que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales”* para la selección de sus contratistas lo harán mediante el procedimiento de la contratación directa.

²⁶ El artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80 de 1993, prescribe lo siguiente: *“Para los solos efectos de esta ley: 1) Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.(...)”*

Por su parte, el artículo 18 del Decreto 855 de 1994 precisó que, para efectos de la excepción consagrada en el artículo 24-1 literal m), *“se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, la compraventa, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios.”*

La Ley 80 de 1993, estableció para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta un procedimiento de selección especial, más ágil y expedito como lo es el de la contratación directa, cuando requiriera celebrar determinada clase de contratos.

Adicionalmente, el legislador se ocupó de establecer, en determinados casos, regímenes especiales a los cuales se encuentran sometidas las empresas industriales y comerciales del Estado como ocurre con aquellas dedicadas a la prestación los servicios públicos domiciliarios las cuales se regulan por lo dispuesto en la Ley 142 de 1998, o cuando celebran contratos cuyo objeto es la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, según lo prescrito por la Ley 143 de 1994, o también para aquellos contratos que suscriben para desarrollar actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el particular resulta pertinente traer a colación, el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en atención a la solicitud formulada por el Director del Departamento Nacional de Planeación, cuyos apartes más significativos se transcriben a continuación:

“El estatuto general de contratación partiendo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, tiene como finalidad la satisfacción directa o indirecta del interés público o las necesidades colectivas, con un criterio de universalidad pretendió establecer un marco normativo general para la actividad estatal en materia de contratación pública.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2º de la misma, al establecer su ámbito de aplicación, señaló las entidades estatales sujetas al mismo.

No obstante esta tendencia unificadora de la ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, señaló, por vía de excepción, algunos regímenes especiales en razón al tipo de entidades o la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan, campo de excepciones que fue ampliado posteriormente por otras leyes como las 142 y 143 de 1994.

Y ello porque la participación activa del Estado en el sector financiero, industrial y comercial, ha exigido que el legislador Colombiano señale un régimen contractual especial aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal, con miras a garantizar la agilidad y eficiencia de sus operaciones y por ende su competitividad frente al sector privado. Lo anterior, sin perjuicio del carácter público que estas ostentan.

(...) En el artículo 76, la ley reguló el régimen aplicable a la contratación de las entidades estatales (empresas y sociedades) dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, indicando que ellas se regirían por las leyes especiales sobre la materia. Es decir, tomando en consideración la naturaleza de su actividad, les dio un régimen distinto del general establecido en la ley 80 para las entidades estatales.

De lo expuesto debe concluirse que, con base en las observaciones efectuadas por el gobierno al proyecto de ley de contratación de las entidades estatales, el legislador aunque no modificó el texto original del párrafo 1º del artículo 32 aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta bancarias estatales, sí incluyó una norma general en el literal m) del numeral 1º del artículo 24, aplicable a la totalidad de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, cualquiera sea la actividad industrial o comercial por ellas desarrollada.²⁷

No puede pasar inadvertido, que con posterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, se expidió la Ley 489 de 1998²⁸, mediante la cual se determinó la estructura

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil., concepto de 29 de mayo de 2003, Radicación No. 1488, reiterado en el concepto de 20 de noviembre de 2003, Radicación No. 1537.

²⁸ El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como "organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido

de la organización nacional, norma que aunque no es aplicable al asunto que se examina²⁹, si resulta útil para establecer el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto que su artículo 93 dispuso lo siguiente:

ARTICULO 93. REGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. *Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.*

Y en el artículo 97, en relación con las sociedades de economía mixta, prescribió lo siguiente:

“ARTÍCULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.*

PARAGRAFO. *Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”*

De conformidad con las normas antes transcritas los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 90 %, evento en el cual se asimilan a aquellas, para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica, se sujetarán a las regulaciones del derecho privado, pero cuando se refirió a los contratos que estas entidades celebran para el cumplimiento de su objeto, determinó que el régimen que las regularía sería el del estatuto contractual de las entidades estatales.

totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. (...)

²⁹ El contrato fue celebrado el 30 de enero de 1995.

A lo anterior se agrega que el Parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, estableció que *“en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo³⁰ (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

A su vez, el Código de Comercio en su artículo 461 prescribe que *“son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”*

Armonizando las disposiciones de la Ley 80 con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se adoptarán tales disposiciones, pero en lo no exceptuado, éstos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual.

Actualmente, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, según lo dispuesto por el artículo 14 ³¹, el régimen de contratación de las empresas industriales y

³⁰ El numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece: *“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.”

³¹ El artículo 14 de la Ley 1150 prescribe lo siguiente: *“DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2o de la presente ley.”

comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, es el previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa.

Hechas estas precisiones, resulta ahora pertinente hacer referencia al convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, celebrado entre el ISS y el BANCO GRANAHORRAR, a fin de establecer el régimen bajo el cual estuvo gobernado.

El citado contrato, según se infiere de la parte considerativa del mismo³², literal b), fue el resultado del procedimiento administrativo de contratación directa que adelantó el ISS, así se encuentra expresado en la siguiente frase: *“es posible la contratación directa por el artículo 24, numeral 1º, literal m) de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 18 del Decreto Reglamentario 855 de 1994”*.

El objeto del contrato consistía en prestar servicios para el recibo de las autoliquidaciones de aportes, el recaudo de las mismas, el depósito y transferencia de estos aportes a las cuentas del ISS y la entrega de los formularios e informes de recaudo al ISS; objeto que en manera alguna puede enmarcarse dentro de los elementos del contrato de prestación de servicios que define el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993³³ y más bien podría tenerse como un contrato financiero para el recaudo de recursos vinculados con los aportes del régimen de seguridad social y su transferencia al ISS, con los debidos soportes informativos, negocio jurídico que no se encuentra nominado por la Ley de Contratación Administrativa y que por tratarse de una actividad financiera estaría

³² Folio 31, cd. ppal.1.

³³ El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define así el contrato de prestación de servicios: *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”*
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

sometida al régimen jurídico del derecho privado, según lo prescrito por el Parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor:

“Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.”

Del contenido de la norma transcrita, se infiere que todos los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, así sean estas de naturaleza estatal y las entidades financieras estatales, están exentas del régimen previsto en el Estatuto de Contratación Administrativa, en consecuencia, se encuentran sometidas al régimen de derecho privado, que impone a las partes del contrato actuar en igualdad de condiciones, sin que alguna de ellas esté investida de potestades, así se trate de una entidad del sector público lo cual se confirma con lo prescrito por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, en los contratos que tengan por objeto actividades industriales y comerciales del Estado se prescindirá de la utilización de cláusulas o estipulaciones excepcionales e igualmente en virtud de lo consagrado en el artículo 22 del C. de Co., en cuanto que consagra que si el acto es mercantil para una de las partes, se regirá por las disposiciones de la ley comercial.

Amén de lo anterior, en el propio contrato se estipuló, expresamente, que estaría regido por la Ley 100 de 1993, la Ley 45 de 1990 y el Código de Comercio, en virtud de lo establecido por el Parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Significa entonces que el convenio de servicios de recaudo No. 4129-D, celebrado el de 30 de enero de 1995, en el que una de las partes es la entidad estatal del orden nacional denominada Instituto de los Seguros Sociales y la otra una entidad Bancaria constituida como una sociedad de economía mixta del orden nacional con aportes de capital estatal mayor del 50%, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, estuvo gobernado por las disposiciones contenidas en el derecho privado, tal como lo dispone la ley y lo estipuló el mismo contrato en su parte considerativa en los siguientes términos: *“Que el presente convenio se rige*

*por la Ley 100 de 1993, la Ley 45 de 1990 y el Código de Comercio; en virtud de lo expuesto en el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993*³⁴

Determinado el régimen jurídico que imperó en el contrato, procede la Sala a adelantar el examen orientado a establecer si en una relación negocial, en que las partes se encuentran ubicadas en un plano de igualdad propia del régimen de derecho privado, la entidad estatal estaba facultada para imponer multas, de manera unilateral, mediante acto administrativo.

2.3. La facultad de las entidades estatales para imponer multas.

El tema de la potestad de la Administración para imponer directamente las multas, mediante acto administrativo, no ha sido pacífico y ha suscitado diversas tesis que en cierta medida han correspondido a la expedición de los Estatutos de Contratación Administrativa en las distintas épocas, especialmente cuando entró en vigencia la Ley 80 de 1993, norma en la cual no quedó consignada la competencia de la Administración para imponer unilateralmente multas al contratista incumplido, como sí lo hacía el Decreto-ley 222 de 1983, momento a partir del cual, a nivel jurisprudencial, se suscitaron diversas interpretaciones y planteamientos atinentes a la aplicación de las multas por parte de la entidad pública contratante, mediante la expedición de un acto administrativo.

- **La imposición de las multas según la jurisprudencia de la Sala en vigencia de la Ley 80 de 1993.**

Entre las providencias dictadas por la Sala en las cuales se admitió que en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Administración contaba con competencia para imponer multas, se destacan las siguientes:

En auto de 6 de agosto de 1998, Expediente 14558, la Sala sostuvo lo siguiente:

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

³⁴ Folio 31 cd. Ppal. 1.

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 "en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales".

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista."(Subrayado de la Sala)

Posteriormente en sentencia de 29 de junio de 2000, Expediente 16756, sobre la imposición de las multas por parte de las entidades públicas en vigencia de la Ley 80 de 1993, reiteró la tesis expuesta en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, como a continuación se expone:

El texto literal del artículo 14 de la ley 80 de 1993, dio lugar a que se entendiera que la entidad pública sólo podía hacer uso de sus poderes exorbitantes para declarar la caducidad del contrato estatal, así como para interpretarlo, modificarlo o darlo por terminado unilateralmente en tanto que otro tipo de medidas que antes podía tomar al amparo del régimen contractual anterior, como eran las multas y la declaratoria de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (arts. 72 y 73 decreto ley 222 de 1983) quedaban proscritas en el nuevo régimen de contratación estatal.

Esta Sección en auto de 4 de junio de 1998, expediente 13.988, examinó el alcance del art. 14 de la ley 80 de 1993 en tanto no hacía mención alguna a otras facultades exorbitantes de la administración distintas a las que se acaban de señalar y en lo referente a las multas señaló:

"...Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), que por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal.

En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Y el artículo 867 del C. Co. Por su parte expresa: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. “ ...De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor” (No lo destaca el texto original)

(...)

Nuevamente en el año 2002 la Sala, estando en vigencia de la Ley 80 de 1993, se refirió a la facultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

“Frente a la imposición de multas en el contrato estatal, como quiera que la ley 80 de 1993 no las incluyó dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común, la sala definió que “la administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos” (auto de 4 de junio de 1998, expediente No. 13.988). Lo cual significa que la administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en la providencia citada también se destacó que debía tenerse en cuenta que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio) y que el mutuo acuerdo de las partes tenía validez en los contratos estatales como fuente de sanciones.

Ello se traduce en que en la contratación estatal mantienen vigencia los acuerdos interpartes o las previsiones de los pliegos de condiciones, ya que si en el contrato no se estipulan las multas o éstas no se incluyen en las condiciones generales que previamente fija la entidad contratante, ésta no tendrá la facultad de imponerlas, puesto que tal prerrogativa de poder público está

limitada a las concretas y particulares causales señaladas en el contrato.

Frente a las multas estipuladas en el contrato estatal si nada se dice sobre la forma o el procedimiento que debe seguirse para imponerlas o aplicarlas, la entidad pública contratante tiene la prerrogativa para decidir autónomamente si se configura o no el incumplimiento; o como lo expresó el recurrente “las entidades estatales conservan el privilegio de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria cuando se las hubiere convenido y tiene el Estado contratante en este caso la potestad de determinar cuándo acontece el fenómeno del incumplimiento y la prerrogativa de adoptar, en consecuencia y a su favor las sanciones pecuniarias que se hubieren convenido”.

Dicho poder podrá sustituirse si en las condiciones generales de contratación o en el contrato mismo se señala un procedimiento específico para aplicarlas, caso en el cual el cumplimiento del mismo será obligatorio, en tanto el contrato es una ley para las partes (art. 1602 Código Civil).

Ya la sala en la providencia del 4 de junio de 1998 que se viene comentando, a propósito de los pactos establecidos en los contratos estatales, señaló que éstos “vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables”.

Dicho en otras palabras, con la inclusión de las multas en el contrato estatal la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se exceptiona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa).³⁵ (Subrayado de la Sala)

Cambio jurisprudencial.

En el año 2005, en sentencia 20 de octubre, Expediente 14579, la Sala modificó su criterio y determinó que según los mandatos de la Ley 80 de 1993, la

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de junio de 2002, Exp. 19488.

Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía de acudir al juez del contrato, lineamiento que permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007. Las reflexiones hechas por la Sala, en esta oportunidad se transcriben a continuación:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos³⁶ y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

(...)

Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles

³⁶ Artículo 365 de la Constitución Política.

pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

(...)

Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría "...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto"³⁷ y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva "directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento"³⁸ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva³⁹. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁴⁰, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general⁴¹:

(...)

Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición⁴² de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

³⁷ Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

³⁸ Cita original. Artículo 72 ibidem.

³⁹ Cita original. Artículo 73 ibidem.

⁴⁰ Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

⁴¹ Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

⁴² Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁴³ y del 20 de junio de 2002⁴⁴, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.

De conformidad con estos lineamientos, que la Sala ahora reitera, con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71⁴⁵ del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

- **La imposición de multas, según los dictados del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007:**

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas indicando el procedimiento a seguir para ello. El texto es del siguiente contenido:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido

⁴³ Cita original. Exp. 13988.

⁴⁴ Cita original. Exp. 19488.

⁴⁵ La norma citada disponía lo siguiente:

“En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 645 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a inclusión de esta cláusula.”

proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si éstas se hubieren pactado en el respectivo contrato.

La norma es enfática en determinar el carácter conminatorio de la multa cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150, de manera explícita, las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientados a apremiar al contratista para que éste de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados.

De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el

contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaratoria de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad.

Cabe resaltar otro aspecto importante en relación con los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo Parágrafo Transitorio extendió la facultad de imponer las multas, incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando hubieren sido pactadas y por voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Opera aquí la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y cobro de las multas siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto, pero además hubieren aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que ha sido entendido por la doctrina como “retrospectividad” de la norma.⁴⁶

La Sala también se ha referido al fenómeno de la retrospectividad en providencia que a continuación de transcribe:

“Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de

⁴⁶ Gonzalo Suarez Beltrán en su obra Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, explica el fenómeno de la “retrospectividad” citando a Jaime Giraldo Ángel quien afirma lo siguiente: “En materia civil es principio general y casi absoluto que la ley no es retroactiva en virtud de que se considera que los derechos legítimamente adquiridos no pueden ser conculcados porque, de lo contrario, los ciudadanos vivirán en un permanente estado de inseguridad, sujetos siempre al capricho del legislador de turno: “Encontramos, sin embargo un fenómeno que pudiera considerarse como una forma de retroactividad, la retrospectión, en cuanto que una norma puede variar las situaciones jurídicas constituidas de acuerdo con normas anteriores. Se diferencian la retrospectividad de la retroactividad en que ésta actúa sobre la causa generadora de un derecho, mientras que la retrospectividad actúa sobre los efectos que todavía no se han producido”. (Metodología y técnica de la investigación jurídica, 3ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1985, Pág. 226)

que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella”.⁴⁷

2.4 Los hechos probados.

Conforme al material probatorio aportado al plenario, -parte de él allegado por la entidad pública contratante, otros documentos aportados por el contratista, en copia autenticada y demás pruebas practicadas en el proceso - , se encuentra demostrado lo siguiente:

- a) - Entre el ISS y el Banco GRANAHORRAR se celebró el convenio 4129 de 30 de enero de 1995 cuyo objeto consistía en la prestación de servicios de recaudo por concepto de aportes al régimen de seguridad social y su transferencia a las cuentas del ISS.
- b) En la cláusula tercera del citado contrato, las partes pactaron las sanciones que podían imponerse a la entidad recaudadora-GRANAHORRAR - por tres causales a saber: *i)* incumplimientos en las consignaciones; *ii)* errores u omisiones y, *iii)* incumplimiento en la entrega de los soportes. En la misma cláusula se estableció que sería la misma entidad recaudadora la que haría la liquidación del monto de las sanciones y posteriormente debía consignar los valores correspondientes en la cuenta que el ISS determinara,⁴⁸ en su defecto, el ISS haría la respectiva liquidación.
- c) El ISS hizo continuos y reiterados requerimientos al Banco GRANAHORRAR debido a la extemporaneidad en los reportes de los paquetes de autoliquidaciones canceladas en los meses de febrero, marzo, abril, mayo,

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 21574.

agosto, septiembre y octubre de 1999, tal como consta en los oficios GNR-DNCC - No. 1459 de 13 de mayo de 1999⁴⁹; GNR-DNCC - No. 1467 de la misma fecha⁵⁰; GNR-DNCC - No. 1690 de 24 de mayo de 1999⁵¹; GNR-DNCC - No. 2090 de 23 de junio de 1999⁵²; GNR-DNCC - No. 3719 de 11 de octubre de 1999⁵³; GNR-DNCC - No.4221 de 16 de noviembre de 1999⁵⁴; GNR-DNCC - No. 4665 de 16 de diciembre de 1999⁵⁵. En dichos oficios que son de similar contenido se solicitó a la empresa bancaria exponer si existían razones de fuerza mayor que justificaran el atraso, al igual que en ellas se establece el valor de la multa y se ordena su consignación en un término perentorio de cinco (5) días.

- d) En oficio 1253 de 21 de abril de 1999, el Departamento Nacional de Cuentas del ISS, manifestó al Jefe del Centro de Operaciones de la Corporación GRANAHORRAR sobre la demora en la entrega de los documentos soporte del recaudo que aún no habían sido enviados a esta institución toda vez que los traslados presentaban mayor valor en relación con los formularios entregados, situación que manifestó, debía ser conciliada por GRANAHORRAR. Igualmente, solicitó pronunciarse oficialmente y establecer los procedimientos para la revisión y respuesta a las conciliaciones que tanto el Departamento de Conciliación como el de Cuentas Corrientes les enviaban mensualmente, para evitar situaciones similares en el futuro.⁵⁶
- e) Mediante Resolución No. 400 de 15 de febrero de 2000, el ISS impuso una sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, por valor de \$269'934.854, M/C, por concepto de extemporaneidad en la entrega de los paquetes de autoliquidaciones presentadas al ISS, valor que debía ser pagado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ejecutoria o de lo contrario el ISS adelantaría el cobro coactivo.⁵⁷

⁴⁸ Folios 34 y 34 vto., cd. Ppal. 1.

⁴⁹ Fls. 77 a 78, cd. pruebas.

⁵⁰ Fls. 79 a 80, cd. pruebas.

⁵¹ fls. 114 a 115, cd. pruebas

⁵² Fls. 83 a 84, cd. pruebas.

⁵³ Fls. 86 a 87, cd. pruebas.

⁵⁴ Fls. 103 a 104, cd. pruebas.

⁵⁵ Folios 105 a 107, cd. pruebas, el folio106 aparece en blanco.

⁵⁶ Folios 124 a 125, cd, pruebas.

⁵⁷ Folios 18 a 21, cd. ppal 1.

- f) Por Resolución No. 4259 de 21 de noviembre de 2000, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 400 de 15 de febrero de 2000, acto administrativo mediante el cual se decidió reponer parcialmente la decisión contenida en la resolución recurrida en cuanto al valor de la multa impuesta, la cual se redujo a \$265'457.878.⁵⁸
- g) La Resolución No. 4259 de 21 de noviembre de 2000, quedó el firme el 2 de enero de 2001, fecha de la notificación personal del acto administrativo, al recurrente.⁵⁹
- h) En recibo original de caja No. 54663 de 11 de enero de 2001, expedido por el ISS, consta que la Corporación GRANAHORRAR, consignó en favor del ISS la suma de \$265'457.878, por concepto de sanción impuesta mediante Resolución No. 400 de 15 de febrero de 2000.⁶⁰

2.5 El caso concreto.

2.5.1. Las razones que dieron lugar a la controversia suscitada entre las partes. Los cargos formulados.

El material probatorio anteriormente relacionado, es demostrativo de que la causa que suscitó la litis que ha sido sometida a conocimiento de la Sala, corresponde a la imposición de una multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones, decisión contenida en el acto administrativo que la parte actora acusa con los cargos de: i) haber sido expedido sin competencia; ii) haberse expedido con violación del debido proceso y del derecho de defensa y iii) haberse expedido con extralimitación de las facultades contractuales por parte del ISS.

La falta de competencia de la entidad estatal para imponer multas al contratista mediante acto administrativo.

Procede la Sala a examinar el primero de los cargos que han sido formulados, contra las Resoluciones 0400 de 15 de febrero de 2000 y 4259 de 21 de

⁵⁸ Folios 23 a 28, cd. ppal 1.

⁵⁹ Folio 29, cd. ppal 1.

⁶⁰ Folio 30, cd. ppal. 1.

noviembre de 2000, relacionado con la falta de competencia del ISS para imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR.

Al analizar el régimen jurídico que imperó en el convenio No. 4129 D, de 30 de enero de 1995, celebrado entre el ISS y GRANAHORRAR, quedó claro que el mismo estuvo regulado por las disposiciones contenidas en el derecho privado, como también, que para la época en que fue suscrito ya se encontraba en vigencia la Ley 80 de 1993.

A lo anterior se agrega que las dos partes contratantes son entidades estatales, en términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que conforman la estructura administrativa del Estado, pertenecientes al nivel central, según lo dispuesto por los Decretos 3130 y 1950 de 1968, vigentes al momento de la celebración del contrato y actualmente por la Ley 489 de 1998.

Establecidas estas premisas se advierte que como el convenio 4129-D se rigió por el régimen del derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común.

Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

Ahora bien, el Art. 71 del Decreto 222 / 83 señala en los contratos administrativos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial. Esa facultad es una manifestación del poder coactivo de que goza la administración frente a los particulares, en este caso los contratistas, con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado. Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222 / 83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos.

Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso. (Subrayado no es del original)

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.

A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 2007, si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos.

De otra parte, como ya quedó anotado en esta providencia, la Ley 80 de 1993, -en el caso de que esta fuera la norma aplicable al caso concreto, que no lo es, porque el régimen jurídico que gobernó el convenio 4129-D es el de derecho privado-, no consagró la potestad de la Administración para imponer multas, tal como lo dilucidó la Sala en la sentencia de 20 de octubre 2005, Expediente 14579, criterio que permaneció hasta cuando se expidió la Ley 1150 de 2007, que también fue materia de análisis en esta providencia.

En virtud del principio de legalidad⁶¹, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.⁶²

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁶³ ha determinado que la competencia constituye el primero y más importante requisito o presupuesto de validez de la actividad administrativa que faculta a quien ejerce funciones administrativas actuar dentro del marco de la legalidad, en acatamiento del derecho fundamental del debido proceso⁶⁴ y el principio de legalidad⁶⁵, consagrados en la Constitución Política, esenciales en un estado de derecho.

Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁶⁶:

“(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina⁶⁷, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador”⁶⁸.

⁶¹ Georges Vedel define la legalidad como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” (Derecho Administrativo, .Biblioteca Jurídica Aguilar Traducción de la sexta edición francesa, 1980, Madrid, Pág. 219.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324.

⁶³ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414.

⁶⁴ Artículo 29 de la Constitución Política.

⁶⁵ Artículo 121 constitucional.

⁶⁶ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414.

⁶⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

⁶⁸ Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)" (Negrilla no es del texto)

La actividad en materia contractual desplegada por la Administración también se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, más aún cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que son propias del ente estatal en su calidad de contratante. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad.

Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada; en consecuencia, se revocará el numeral segundo de la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda.

Como quiera que en el presente asunto, prospera el primero de los cargos formulados contra los actos administrativos acusados, la Sala no adelantará el análisis de los dos restantes.

2.5.2. El reintegro de la multa pagada.

Una de las pretensiones formuladas por la parte actora se concreta en el reintegro de la multa que ésta pagó al ISS por valor de \$265'457.878, debidamente actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, más el interés bancario corriente desde la fecha en que se efectuó el depósito hasta la

fecha en que se realice la devolución y sin perjuicio del pago de intereses de mora.

La Sala analizará cada uno de estas solicitudes con el fin de determinar si las mismas proceden.

Se encuentra probado en el proceso que la Corporación GRANAHORRAR canceló al ISS la suma de \$265'457.878, por concepto de la multa impuesta mediante Resolución No. 0400 de 15 de febrero de 2000, según consta en recibo original de caja No. 54663 de 11 de enero de 2001,⁶⁹ expedido por el ISS.

Si la multa se pagó en su totalidad como se encuentra probado y el acto administrativo que la impuso, Resolución No. 0400 de 2000 y aquel que la confirmó, Resolución 4259 del mismo año, se encuentran viciados de nulidad, como también ha sido demostrado; consecuencia lógica es que los actos demandados, por efecto de la nulidad que será declarada, desaparezcan de la vida jurídica y, por lo tanto, la multa impuesta pierde su fundamento legal situación que impone su devolución a la parte que fue sancionada, esto es, a la Corporación GRANAHORRAR.

A continuación se analizarán cada uno de los rubros solicitados por la parte actora:

Indexación de la suma adeudada

La reparación del daño antijurídico causado por la Administración pública debe ser integral, en consecuencia, el valor que corresponde al resarcimiento del perjuicio debe actualizarse o indexarse al momento en que se produzca el reintegro efectivo, con el fin de traer a valor presente la suma que será devuelta y de esta manera compensar el fenómeno económico de la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo o depreciación.

⁶⁹ Folio 30 cd. ppal 1.

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁷⁰ ha determinado el contenido y alcance de la actualización del dinero con el fin de que la indemnización sea integral, en este sentido ha señalado:

“Pagar una suma actualizada - lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala - no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar”

En este contexto debe llegarse a la conclusión que la suma que debe reintegrarse a la parte actora, en virtud de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que impuso la sanción, deberá ser indexada con el fin de mantener el valor del dinero en el tiempo; para tal efecto se tendrá en cuenta que como dicha multa fue cancelada el 11 de enero de 2001, según recibo de caja No. 54663, expedido por el ISS, ésta será la fecha que se tomará como referencia para practicar la actualización del valor con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y de conformidad con la siguiente fórmula:

$$V_p = \frac{V_h \times \text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

V_p: Corresponde al valor presente.

V_h: Es el valor histórico o inicial \$265'457.878

Indice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo, julio 2009 (102,18)

Indice inicial: Es el IPC vigente para la fecha en que se pagó la multa (enero de 2001) (62,64)

$$V_p = \frac{\$265'457.878 \times 102,18 \text{ (julio/2009)}}{62,64 \text{ (enero/ 2001)}}$$

V_p = \$ 433'021.806

El valor de la multa impuesta, que debe ser reintegrada a la Corporación GRANAHORRAR, indexada al mes de julio de 2009, con el IPC, asciende a

⁷⁰ Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, M.P. Carlos Betancur Jaramillo y del 28 de octubre de 1994, Exp. 8092 del mismo ponente.

cuatrocientos treinta y tres millones veintiún mil ochocientos seis pesos **(\$433'021.806) M/Cte.**

Interés legal y moratorio.

La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones:

i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada.

ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS.

iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución.

iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia⁷¹. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.

⁷¹ MORALES MOLINA Hernando, Parte General, Novena edición, Bogotá, 1985, pág. 496.

En este orden de ideas, tan solo procede en favor de la parte actora y a título de indemnización de perjuicios, el reconocimiento al Banco GRANAHORRAR del valor de la multa que canceló en el año 2001, debidamente indexada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE el numeral segundo de la sentencia de 3 de diciembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en su lugar se ordena:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución número 0400 de 15 de febrero de 2002, mediante la cual el ISS impuso sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR y de la Resolución No. 4259 de 21 de noviembre de 2000, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la restitución al Banco GRANAHORRAR de la suma de cuatrocientos treinta y tres millones veintiún mil ochocientos seis pesos (\$433'021.806) M/Cte, pagada por la entidad bancaria por concepto de la multa impuesta mediante las Resoluciones 0400 y 4259 de 2002, espedidas por el ISS.

SEGUNDO: Confirmar los numerales primero y tercero de la sentencia apelada.

TERCERO: Para el cumplimiento de la sentencia expídanse copias a las partes por intermedio de sus apoderados, según lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., 115 del C. de P. C. y 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, remítase al expediente al Tribunal Administrativo de origen para el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Aclara voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Aclara voto

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

CONTRATO ESTATAL - Sólo el regido por la Ley 80 de 1993 / ENTIDAD ESTATAL - Jurisdicción competente

Entiendo que contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993. La definición de contrato estatal está dada por el mismo Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como todo acto jurídico generador de obligaciones que se celebre por una de las entidades a que se refiere ese estatuto, definición que permite concluir, contrario sensu, que los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades estatales, diferentes a aquellas a que se refiere el estatuto en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas, comenzando por la definición de contrato estatal allí contenida. Es decir, en los términos establecidos por el legislador, contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 ibídem, son celebrados de una parte, por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, y no están comprendidas allí, aquellas que en virtud de norma con fuerza de ley han sido expresamente excluidas de su aplicación. Ello por cuanto la definición de contrato estatal se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública, y no sobre la premisa de que sea celebrado por cualquier entidad estatal, es decir que las entidades estatales que no están cobijadas por ese estatuto no celebran contratos estatales. En este sentido, el contrato fuente de esta demanda no es estatal, por que no fue celebrado por una de las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal. En el caso que se define respaldo la decisión, porque estimo, igualmente, que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la aplicación de la ley 1107 de 2006, permite concluir que a

partir de su vigencia será competencia de esta jurisdicción, el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen de derecho que las cobije con la única condición, en materia contractual, de que la contratante sea una entidad pública, naturaleza de la que gozaba el Instituto de los Seguros Sociales ISS, en cuanto para la fecha en que se celebró el convenio No. 4129 de 30 de enero de 1995 era una empresa industrial y comercial del Estado. Así las cosas, la razón por la cual esta jurisdicción es hoy competente para decidir este asunto, no es porque verse sobre un contrato estatal, sino en virtud de que una de las partes del contrato es una entidad pública, situación que desde cuando cobró vigencia la Ley 446 de 1998 en sus artículos 132-5 134 B - 5, conforme a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, radicó en esta jurisdicción la competencia para conocer de estos asuntos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)

Actor: BANCO GRANAHORRAR

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: CONTRACTUAL-APELACION SENTENCIA

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la Sentencia de 23 de septiembre de 2009, en cuanto revocó el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 3 de diciembre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar declaró la nulidad de la Resolución No. 0400 de 15 de febrero de 2002 mediante la cual el ISS impuso sanción de multa a la Corporación Granahorrar y de la Resolución No. 4259 de 21 de noviembre de 2000 que resolvió el recurso de reposición, y como consecuencia ordenó al ISS la restitución al banco Granahorrar de la suma de \$433'021.806 pagada por la entidad bancaria por concepto de la multa impuesta, me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo, porque entiendo que contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la

administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, opinión que fundamento en las siguientes razones:

1. La Sala señaló que *“resulta pertinente precisar que si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional. Ese criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades por esta misma Sala, para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos son contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes”*. Se fundamentó en jurisprudencia de la Sección –Auto de 8 de febrero de 2001, expediente No. 16.661-, según la cual la categoría de contratos estatales no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.

2. La definición de contrato estatal está dada por el mismo Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como todo acto jurídico generador de obligaciones que se celebre por una de las entidades a que se refiere ese estatuto⁷², definición que permite concluir, *contrario sensu*, que los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades estatales, diferentes a aquellas a que se refiere el estatuto en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas, comenzando por la definición de contrato estatal allí contenida.

Es decir, en los términos establecidos por el legislador, contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 *ibídem*, son celebrados de una parte, por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, y no están comprendidas allí, aquellas que en

⁷² Cabe insistir en el argumento de que cuando el artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato estatal, no lo hace involucrando en esa definición a todas las entidades estatales, sino solo a aquellas a que se refiere

virtud de norma con fuerza de ley han sido expresamente excluidas de su aplicación.

Ello por cuanto la definición de contrato estatal se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública, y no sobre la premisa de que sea celebrado por cualquier entidad estatal, es decir que las entidades estatales que no están cobijadas por ese estatuto no celebran contratos estatales.

3. En este sentido, el contrato fuente de esta demanda no es estatal, por que no fue celebrado por una de las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal.

4. En el caso que se define respaldo la decisión, porque estimo, igualmente, que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la aplicación de la ley 1107 de 2006, permite concluir que a partir de su vigencia será competencia de esta jurisdicción, el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen de derecho que las cobije con la única condición, en materia contractual, de que la contratante sea una entidad pública, naturaleza de la que gozaba el Instituto de los Seguros Sociales ISS, en cuanto para la fecha en que se celebró el convenio No. 4129 de 30 de enero de 1995 era una empresa industrial y comercial del Estado.

Así las cosas, la razón por la cual esta jurisdicción es hoy competente para decidir este asunto, no es porque verse sobre un contrato estatal, sino en virtud de que una de las partes del contrato es una entidad pública, situación que desde cuando cobró vigencia la Ley 446 de 1998 en sus artículos 132-5 134 B - 5, conforme a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, radicó en esta jurisdicción la competencia para conocer de estos asuntos.

La aplicación inmediata de esta norma de carácter procesal, aun a los procesos en curso, permite entender sin mayor dificultad, la competencia de esta jurisdicción para la decisión de este asunto, pero se insiste, en virtud de la disposición de carácter procesal y no por la naturaleza del contrato

ese estatuto, y cuando hace las definiciones entre las cuales está la de entidad estatal, enfatiza en el hecho de que la definición es para los solos efectos de ese estatuto (artículo 2 ley 80 de 1993).

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

CONTRATO DE RECAUDO - Naturaleza / ISS - Régimen contractual. Ley 80 de 1993 / PODERES EXORBITANTES - No puede ejercerse entre entidades

Es equivocada la afirmación según la cual el contrato de recaudo se rigió por el derecho privado. En efecto, no se puede sostener que si en un convenio interadministrativo una parte del contrato –es decir, una de las entidades estatales- se rige por el derecho privado –en este caso el Banco- y la otra por la ley 80 -en este caso el ISS-, entonces el negocio es de derecho privado, y por ende se rige por los estatutos civil y comercial. En tal evento, si bien al Banco se le aplica el derecho privado, no es menos cierto que al ISS se le aplicaba ley 80, de allí que no se puede sostener que un régimen jurídico absorbe al otro –como lo deja implícito la Sala-, por la sencilla razón de que una ley –la privada- no deroga a la otra –a la pública-, ni viceversa; ni un régimen transforma al otro. Por esto, el análisis no se podía realizar en estos términos, no obstante que la Sala así lo sostiene. Se trata de concretar si en el contrato interadministrativo se deben observar las reglas, requisitos y formalidades que contempla la ley 80 y sus reglamentos, o se pueden hacer a un lado, teniendo en cuenta que el derecho privado no las establece. La Sala responde –equivocadamente- que “... el convenio de servicios de recaudo No. 4129-D..., estuvo gobernado por las disposiciones contenidas en el derecho privado...”, lo que significa que la entidad estatal parte del negocio, y que tiene como régimen jurídico la ley 80, no tiene que cumplir con las exigencias, requisitos ni ejercer las facultades que dicho estatuto le establece. En este orden de ideas, la Sala implícitamente sostiene y autoriza que el contrato no se publique –cuando esto se requiera-; ni que se liquide bilateralmente, en los plazos que establece la ley; entre otras exigencias derivadas de la norma pública. Desde mi punto de vista, la solución al tema es más sencilla: Cada entidad pública debe cuidar que el contrato interadministrativo cumpla con el régimen jurídico que le es propio, pues ante la ley deben respetarlo –de esto se encargarán, en su defecto, los órganos de control-. En tal sentido, no se modifica el régimen normativo de ninguna de las partes del negocio, de manera que deben cumplir las exigencias que le son propias. Ahora, lo que sí se puede hacer es un balance sobre el tema, en lo cual también la Sala se equivoca. En tal sentido, se observará que en virtud de las exigencias especiales y mayores que impone la ley 80 a las entidades que se rigen por ella –para efectos del perfeccionamiento y la legalización del contrato- un convenio interadministrativo, celebrado en las condiciones del caso concreto, debe cumplir con los requisitos especiales de esta ley, pues al ser más gravoso absorbe la flexibilidad del derecho privado, e impone –a través de una de las partes del contrato- el deber de ajustarse a sus requisitos. En otras palabras, para la entidad regida por la ley 80 es imperativo respetar esta norma y cumplir todos sus requisitos, con lo cual terminará materialmente –no jurídicamente- involucrando a la otra entidad parte del negocio. En este sentido, la ley 80 se convierte en una especie de régimen dominante sobre el derecho privado -por ser el que más exigencias tiene-, de allí que la otra parte del contrato debe ajustarse a los requerimientos más complejos, pues de no hacerlo pondría a

la parte estatal que se rige por la ley 80 en condiciones de violación a dicho estatuto –con las consiguientes sanciones por este hecho-. Aclarado lo anterior, retomemos la solución que la Sala le dio al caso: Se declaró la nulidad del acto administrativo que impuso la multa, por parte del ISS, porque en el derecho privado –que rigió el contrato- no es posible hacer justicia por mano propia. El error de la Sala consiste en sostener que el convenio se rige por el derecho privado, cuando en verdad se trata de un régimen mixto; pero donde la ley 80 termina materialmente sometiendo –a nivel de requisitos- al derecho privado. Ahora, desde mi punto de vista la solución del caso finalmente es la misma, pero por la siguiente razón: Efectivamente el acto que impuso la sanción es nulo, pero porque la entidad estatal que pretendía imponer la multa -esto es, el ISS- no tiene en este régimen jurídico la posibilidad de hacerlo, pues el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 prohíbe ejercer poderes exorbitantes entre entidades estatales, y por esta razón no tenía competencia para imponer la sanción. Desde luego que en esta línea de pensamiento parto de la idea de que la imposición de una sanción de multa es un poder exorbitante –aunque no esté expresamente relacionado en el art. 14 de la ley 80-, pues si bien no lo es para el pacto o acuerdo, pues se requiere consentimiento para incluirla en el contrato, sí lo es para su declaración – pues la ley permite declararla-. Se trata, entonces, de una exorbitancia, al fin y al cabo, y por eso no se puede ejercer mutuamente entre entidades estatales.

ENTIDAD ESTATAL - Facultad de imponer multas

En el sentido que se acaba de expresar, quiero reafirmar mi pensamiento en relación con la posibilidad que tienen -y han tenido- las entidades regidas por la ley 80 de 1993 de imponer sanciones de multa y cláusula penal pecuniaria; en oposición a la Sala, que sostiene que no era posible, porque no había norma que lo autorizara. Desde mi punto de vista, en la ley 80 de 1993 a falta de una norma habían tres que contemplaban esa potestad. Se trata de los arts. 22 inciso 5 y numeral 1-, y artículo 31. En estas tres disposiciones es claro que las entidades estatales podían imponer las sanciones, pues de no ser así, ¿qué es lo que debían informar al RUP y que lo que debían informar por los diversos medios de publicidad? No obstante, se insiste, en el caso concreto el ISS no podía imponerle la multa al Banco, porque el parágrafo del art. 14 prohíbe en los convenios interadministrativos hacer uso de los poderes exorbitantes. Esta es la razón final que debió esgrimir la Sala para anular el acto demandado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)

Actor: BANCO GRANAHORRAR

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES-ISS-

Referencia: CONTRACTUAL-APELACION SENTENCIA

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009, en el proceso de la referencia.

1. Síntesis del problema

Conoció la Sección Tercera de un proceso contractual originado en un negocio jurídico celebrado en 1995, entre el ISS –empresa industrial y comercial- y el Banco Granahorrar –entonces Sociedad de Economía Mixta, con más del 90% de capital estatal-. El objeto consistía en que Granahorrar recaudará para el ISS los aportes de sus usuarios, y le entregara el dinero en las fechas estipuladas.

El contrato fue incumplido por el Banco, y el ISS le impuso una multa, pactada en el contrato. El Banco cuestionó en este proceso la validez de la sanción, aduciendo falta de competencia para declararla, así como la violación al debido proceso.

Para resolver el asunto, y como eje central de la argumentación, la Sala señaló que el régimen jurídico aplicable al contrato era el derecho privado, porque Granahorrar –como institución financiera que es- se regía por dicho sistema jurídico –art. 32, parágrafo 1 de la ley 80⁷³-, de manera que por esa razón el ISS no podía imponer sanciones, ya que en un contrato de derecho privado no está autorizado que las partes ejerzan ese clase de poderes exorbitantes. En tal sentido afirmó:

⁷³ Establece el parágrafo 1 del art. 32: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, **no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto** y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.” (Negrillas fuera de texto)

“Significa entonces que **el convenio de servicios de recaudo** No. 4129-D, celebrado el 30 de enero de 1995, en el que una de las partes es la entidad estatal del orden nacional denominada Instituto de los Seguros Sociales y la otra una entidad bancaria constituida como una sociedad de economía mixta del orden nacional con aportes de capital mayor del 50%, vinculada al Ministerio de hacienda y Crédito Público, **estuvo gobernado por las disposiciones contenidas en el derecho privado**, tal como lo dispone la ley y lo estipuló el mismo contrato en su parte considerativa en los siguientes términos:...” (Negrillas fuera de texto) –fls. 27 a 28-

Agrega la sentencia, que si en gracia de discusión el convenio se rigiera por la ley 80, igual se debía anular el acto administrativo, porque esta ley no autoriza al Estado a imponer sanciones –fl. 34-.

De esta manera, se anula la sanción, decisión con la cual estoy de acuerdo, pero por razones diferentes. Veamos por qué.

2. Régimen jurídico del contrato interadministrativo celebrado entre una entidad regida por el derecho privado y otra regida por la ley 80.

Considero que una parte del razonamiento empleado por la Sala para resolver el caso concreto –y resumido atrás- es errado. Concretamente, es equivocada la afirmación según la cual el contrato de recaudo se rigió por el derecho privado.

En efecto, no se puede sostener que si en un convenio interadministrativo una parte del contrato –es decir, una de las entidades estatales- se rige por el derecho privado –en este caso el Banco- y la otra por la ley 80 –en este caso el ISS-, entonces el negocio es de derecho privado, y por ende se rige por los estatutos civil y comercial.

En tal evento, si bien al Banco se le aplica el derecho privado, no es menos cierto que al ISS se le aplicaba ley 80, de allí que no se puede sostener que un régimen jurídico absorbe al otro –como lo deja implícito la Sala-, por la sencilla razón de que una ley –la privada- no deroga a la otra –a la pública-, ni viceversa; ni un régimen trasforma al otro. Por esto, el análisis no se podía realizar en estos términos, no obstante que la Sala así lo sostiene.

De hecho es necesario preguntar: ¿en qué se funda la conclusión de que en estos eventos el contrato se rige por el derecho privado? ¿Acaso la ley 80 así lo establece?

Lo correcto es diferenciar el régimen contractual de una entidad del aplicable a la otra, y mantenerlos separados, pues las leyes que se los asignan conservan su vigencia, en medio de la posibilidad que ambos estatutos les confieren para que realicen negocios jurídicos entre sí.

Al actuar de este modo, las entidades estatales se encuentran ante un dilema práctico que deben resolver, pero que nunca sugiere aquél otro problema acerca de si una de las dos entidades deja de regirse por el derecho contractual que la ley les asignó. Se trata de concretar si en el contrato interadministrativo se deben observar las reglas, requisitos y formalidades que contempla la ley 80 y sus reglamentos, o se pueden hacer a un lado, teniendo en cuenta que el derecho privado no las establece.

La Sala responde –equivocadamente- que “... **el convenio de servicios de recaudo No. 4129-D..., estuvo gobernado por las disposiciones contenidas en el derecho privado...**”, lo que significa que la entidad estatal parte del negocio, y que tiene como régimen jurídico la ley 80, no tiene que cumplir con las exigencias, requisitos ni ejercer las facultades que dicho estatuto le establece.

En este orden de ideas, la Sala implícitamente sostiene y autoriza que el contrato no se publique –cuando esto se requiera-; ni que se liquide bilateralmente, en los plazos que establece la ley; entre otras exigencias derivadas de la norma pública.

Desde mi punto de vista, la solución al tema es más sencilla: Cada entidad pública debe cuidar que el contrato interadministrativo cumpla con el régimen jurídico que le es propio, pues ante la ley deben respetarlo –de esto se encargarán, en su defecto, los órganos de control-. En tal sentido, no se modifica el régimen normativo de ninguna de las partes del negocio, de manera que deben cumplir las exigencias que le son propias.

En estos términos, si cada parte cuida que el contrato se ajuste a su propio régimen, entonces una y otra asegurarán la defensa del régimen que la ley les

impuso, y simplemente deberán negociar, acordar o pactar la forma de ajustarse a las exigencias que alguna de ellas tiene, pero que la otra no requiere.

Por esta razón, no es adecuado sostener -como lo hace la Sala en la sentencia- que el contrato celebrado por el Banco y el ISS se rige por el derecho privado, pues una y otra entidad negociaron, cada una con el régimen jurídico asignado por la ley, luego lo conservan mientras la ley no disponga otra cosa.

Ahora, lo que sí se puede hacer es un balance sobre el tema, en lo cual también la Sala se equivoca. En tal sentido, se observará que en virtud de las exigencias especiales y mayores que impone la ley 80 a las entidades que se rigen por ella – para efectos del perfeccionamiento y la legalización del contrato- un convenio interadministrativo, celebrado en las condiciones del caso concreto, debe cumplir con los requisitos especiales de esta ley, pues al ser más gravoso absorbe la flexibilidad del derecho privado, e impone –a través de una de las partes del contrato- el deber de ajustarse a sus requisitos.

En otras palabras, para la entidad regida por la ley 80 es imperativo respetar esta norma y cumplir todos sus requisitos, con lo cual terminará materialmente –no jurídicamente- involucrando a la otra entidad parte del negocio.

En este sentido, la ley 80 se convierte en una especie de régimen dominante sobre el derecho privado -por ser el que más exigencias tiene-, de allí que la otra parte del contrato debe ajustarse a los requerimientos más complejos, pues de no hacerlo pondría a la parte estatal que se rige por la ley 80 en condiciones de violación a dicho estatuto –con las consiguientes sanciones por este hecho-.

Aclarado lo anterior, retomemos la solución que la Sala le dio al caso: Se declaró la nulidad del acto administrativo que impuso la multa, por parte del ISS, porque en el derecho privado –que rigió el contrato- no es posible hacer justicia por mano propia.

El error de la Sala consiste en sostener que el convenio se rige por el derecho privado, cuando en verdad se trata de un régimen mixto; pero donde la ley 80 termina materialmente sometiendo –a nivel de requisitos- al derecho privado.

Ahora, desde mi punto de vista la solución del caso finalmente es la misma, pero por la siguiente razón: Efectivamente el acto que impuso la sanción es nulo, pero porque la entidad estatal que pretendía imponer la multa -esto es, el ISS- no tiene en este régimen jurídico la posibilidad de hacerlo, pues el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 prohíbe ejercer poderes exorbitantes entre entidades estatales⁷⁴, y por esta razón no tenía competencia para imponer la sanción.

Desde luego que en esta línea de pensamiento parto de la idea de que la imposición de una sanción de multa es un poder exorbitante –aunque no esté expresamente relacionado en el art. 14 de la ley 80-, pues si bien no lo es para el pacto o acuerdo, pues se requiere consentimiento para incluirla en el contrato, sí lo es para su declaración –pues la ley permite declararla-. Se trata, entonces, de una exorbitancia, al fin y al cabo, y por eso no se puede ejercer mutuamente entre entidades estatales.

3. Las entidades estatales regidas por la ley 80 pueden imponer multas y cláusulas penales.

En el sentido que se acaba de expresar, quiero reafirmar mi pensamiento en relación con la posibilidad que tienen -y han tenido- las entidades regidas por la ley 80 de 1993 de imponer sanciones de multa y cláusula penal pecuniaria; en oposición a la Sala, que sostiene que no era posible, porque no había norma que lo autorizara.

Desde mi punto de vista, en la ley 80 de 1993 a falta de una norma habían tres que contemplaban esa potestad. Se trata de los arts. 22 inciso 5 y numeral 1-.

“ARTÍCULO 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES. (...)

“En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. **En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre** cumplimiento en contratos

⁷⁴ Dispone la norma citada: “PARÁGRAFO. **En los contratos que se celebren** con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los **interadministrativos**; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, **se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.**” (Negrillas fuera de texto)

anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, **multas y sanciones impuestas y el término de su duración.**

“22.1 DE LA INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS, MULTAS Y SANCIONES DE LOS INSCRITOS. **Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio** que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, **la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto.** El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.” (Negrillas fuera de texto)

“ARTÍCULO 31. DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS Y SENTENCIAS SANCIONATORIAS. **La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará** por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

“Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes.

“**La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado.** Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado.” (Negrillas fuera de texto)

En estas tres disposiciones es claro que las entidades estatales podían imponer las sanciones, pues de no ser así, ¿qué es lo que debían informar al RUP y que lo que debían informar por los diversos medios de publicidad?

No obstante, se insiste, en el caso concreto el ISS no podía imponerle la multa al Banco, porque el párrafo del art. 14 prohíbe en los convenios interadministrativos hacer uso de los poderes exorbitantes. Esta es la razón final que debió esgrimir la Sala para anular el acto demandado.

En estos términos dejo sustentada mi aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

