

CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Jurisdicción. Competencia / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Contrato. Acto

Tal y como lo sostiene el Tribunal de Instancia, antes de la vigencia de la Ley 80 de 1993, las controversias originadas en los contratos “privados de la administración” con excepción de aquellos en que se pactaba cláusula de caducidad, eran de competencia de la jurisdicción ordinaria (artículo 17 del Decreto Ley 222 de 1983, artículo 304 del Código Fiscal de Bogotá D.E.), así como lo eran también los litigios derivados de los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado -y las sociedades de economía mixta con el 90% o más de su capital social de propiedad estatal- que, en razón de la naturaleza de estas entidades, se regían, excepto los de obra pública y empréstito -y los de consultoría para las entidades de esta naturaleza vinculadas al Distrito Especial, art. 195 del Código Fiscal-, por las normas del derecho privado salvo en aquellas materias en que específicamente el estatuto de contratación pública se refiriera expresamente a aquellas. El contrato sobre el cual versa la presente litis fue celebrado por el Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos SISE, empresa industrial y comercial del Distrito Capital y no es de los exceptuados por la norma como de competencia de esta jurisdicción -obra pública, empréstito o consultoría-, por lo que en principio podría pensarse que su conocimiento le correspondería a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, se observa que la controversia planteada gira en torno a la legalidad de las Resoluciones Nos. 105 del 2 de abril y 150 del 18 de mayo de 1990, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato No. S-89-001 del 13 de abril de 1989 celebrado entre el “SISE” y la sociedad TRONIX LTDA. y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato -por la primera- y se confirmó tal decisión -en la segunda-, acto administrativo proferido por el representante legal de la referida entidad, por lo cual de conformidad con lo estipulado en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para su juzgamiento, independientemente de la naturaleza del vínculo contractual que haya dado lugar a la expedición del acto.

SISE - Empresa industrial y comercial del Estado / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen jurídico. Derecho privado. Excepciones

Se observa que el Decreto 410 del 19 de abril de 1974 del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, que modificó el Acuerdo No. 15 de 1968-mediante el cual se creó al Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos “SISE” como una “entidad autónoma descentralizada...”, definió nuevamente la naturaleza jurídica del SISE y el régimen jurídico aplicable al mismo, disponiendo que “...es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito Especial de Bogotá, vinculada a la Alcaldía Mayor y dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio...”. El hecho de que sea clasificada como empresa industrial y comercial del Estado tiene repercusiones sobre el régimen jurídico de sus actuaciones; en efecto, se debe tener en cuenta que la clasificación de una entidad como de una clase u otra, obedece a las distintas funciones que el Estado puede desempeñar en el concierto de la actividad pública y que requiere de entidades especializadas que las lleven a cabo, por lo cual el ordenamiento jurídico se encarga de establecer el régimen normativo de su estructura y de su actividad, determinando expresamente los límites dentro de los cuales esta última se debe realizar con miras a la obtención de sus precisos objetivos, dando cumplimiento con ello a lo estipulado en el artículo 121 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de

las que le atribuyen la Constitución y la ley; es así como el legislador establece de manera precisa el régimen jurídico que rige sus actuaciones. Dentro de ese marco normativo, se halla el que corresponde a las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales de acuerdo con lo estipulado por el artículo 6° del Decreto 1050 de 1968 “son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley” y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica 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. Se trata pues, de 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 disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes. Es así que las empresas industriales y comerciales del Estado manejan un régimen jurídico mixto, puesto que por regla general, en sus asuntos y actuaciones se aplican las normas del derecho privado, pero también, aunque excepcionalmente, están sujetas a normas de derecho público, caso en el cual sus actos son administrativos y están sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen contractual. Derecho privado. Derecho público / CONTRATO ESTATAL - Empresa industrial y comercial del estado

Específicamente sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren estas entidades, se tiene que en principio será el de derecho privado; al respecto el Decreto 3130 de 1968, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis -1989-, estableció el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, estipulando en sus artículos 31 y 34 que los actos y hechos que ellas realicen para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales “están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria” y “Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos”; además, los contratos que celebren para el desarrollo de las mismas actividades comerciales e industriales, “...no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno”, estableciendo así mismo la norma que “Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, aunque “...podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y deberán incluir, cuando fuere el caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas”. Por su parte, la Ley 19 de 1982 dispuso en su artículo 5° que en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, sus normas fiscales podían disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebraren así como respecto a las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación,

efectos, responsabilidad y terminación, así como las inhabilidades e incompatibilidades, eran materia reservada de la ley.

CONTRATO ESTATAL - Finalidad / CLAUSULAS EXORBITANTES - Justificación / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Causales. Consecuencias / INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL CONTRATISTA - Causal de caducidad / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA - Cláusula penal pecuniaria / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Decreto 222 de 1983

En materia de contratación estatal no se puede perder de vista el hecho de que en la misma se manejan intereses distintos a los que motivan los negocios entre particulares, puesto que siempre, aunque sea indirectamente, a la Administración la mueve una finalidad de interés general, que es la que justifica en últimas su propia existencia; y por ello, "Tampoco puede ésta celebrar contratos ni públicos ni privados, donde la finalidad de utilidad pública o de la propia Administración estén ausentes porque estaría fuera de su razón jurídica de ser", mientras que para el particular, el móvil siempre lo constituirá el ánimo de lucro y las ventajas personales, individuales, en su propio provecho, que pueda derivar de esa actividad lícita. En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc. Como parte de esos poderes, el legislador le ha otorgado expresamente algunos que son propios de los contratos estatales regidos por las normas de derecho público -antes, Decreto Ley 222 de 1983 y hoy la Ley 80 de 1993-, denominados cláusulas exorbitantes o facultades excepcionales al derecho común, por cuanto resultan ajenos a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato corriente sujeto a las normas del derecho privado y le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes. El Decreto 222 de 1983, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis, contemplaba la declaratoria de caducidad del contrato, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria, la renuncia a reclamación diplomática y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato. La caducidad administrativa de los contratos, es la sanción más drástica que la entidad pública contratante le puede imponer a su contratista, debe ser declarada mediante acto administrativo unilateral -resolución motivada- y consiste básicamente en la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante en el estado en que se encuentre, para continuar con su ejecución directamente o a través de otro contratista, siempre que se presente alguna de las causales legalmente contempladas para ello; de tal decisión se derivan otras consecuencias, como son: el cobro al contratista de las multas impuestas y de la cláusula penal pecuniaria pactada, la efectividad de las garantías del contrato y la inhabilidad legal derivada de dicha medida para el contratista, que le impide celebrar contratos con la Administración Pública durante determinado lapso. El Decreto 222 de 1983, en normas que fueron acogidas por la mayoría de los códigos fiscales de los municipios y entre ellos el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital), establecía las causales de caducidad (art. 62) y entre ellas se encontraba el incumplimiento grave del contratista. Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede

concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento. El Decreto 222 de 1983, contemplaba también en su art. 72 la posibilidad que tenía la Administración de declarar -en los contratos administrativos- directamente el incumplimiento del contratista, es decir sin necesidad de declarar la caducidad, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria que había sido pactada en el contrato. Quiere decir lo anterior, que en vigencia del Decreto 222 de 1983 las entidades estatales sujetas a sus normas tenían la facultad exorbitante de definir por sí y ante sí lo concerniente al cumplimiento del contrato, mediante dos sistemas: A través de la declaratoria de caducidad o declarando simplemente el incumplimiento -definitivo- del contrato, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria, decisión esta última que no conllevaba las drásticas consecuencias de la primera, pero que sí constituía como aquella, una definición unilateral respecto de la ejecución final de las obligaciones a cargo del contratista, determinando si colmaban o no las exigencias contractuales.

CLAUSULAS EXORBITANTES - Empresa industrial y comercial / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL - Cláusulas exorbitantes

Las anteriores facultades estaban contempladas por la ley para los contratos administrativos celebrados por las entidades estatales sujetas al régimen del Decreto Ley 222 de 1983, pero no para las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo régimen de contratación es el del derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, los cuales si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Noción / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Cláusula penal pecuniaria

La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil 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". cabe agregar que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1600 del Código Civil, "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena", aunque en el evento de optar por la primera, deberá acreditar ante el juez el monto de los perjuicios realmente sufridos. Resulta claro entonces, que en el régimen de derecho privado primero deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido, para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado por las partes a título de indemnización de perjuicios en la cláusula penal pecuniaria del contrato. De otro lado, en materia de contratación estatal y en los términos en que fue contemplada por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración sólo en los contratos administrativos regidos por las disposiciones

del mencionado Decreto; poder sancionador de la Administración contratante en los contratos regidos por el Derecho Público. Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Cobro. Contrato privado / CONTRATO ESTATAL - Cláusula penal pecuniaria. Cobro

Inclusive los particulares en sus contratos pueden pactar sanciones pecuniarias aplicables en el evento de que se presente un incumplimiento contractual, por lo cual el SISE podía incluir en su contrato con la firma Tronix Ltda. la anterior cláusula penal pecuniaria; sin embargo, se observa que no podía establecer su cobro directo mediante descuentos de las sumas debidas o de la garantía pues se requería el previo pronunciamiento del juez del contrato, por lo cual tal estipulación resulta ineficaz.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Acto administrativo. Competencia / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Acto administrativo. Competencia

Se advierte entonces, que a través de las resoluciones acusadas la entidad contratante, empresa industrial y comercial del Estado del nivel distrital, sujeta a las disposiciones del derecho privado en cuanto al contrato de prestación de servicios objeto de la presente litis, declaró por sí y ante sí el incumplimiento de su contratista, quien a la luz del régimen legal aplicable al mismo, celebró el negocio jurídico con dicha entidad en pie de igualdad y tenía derecho a que fuera el juez del contrato quien definiera su comportamiento contractual y lo relativo a la ejecución de las obligaciones a su cargo. Se reitera que las empresas industriales y comerciales del Estado a la luz del régimen legal vigente para la época de expedición de las resoluciones acusadas, sólo podían proferir actos administrativos en aquellos específicos eventos en los que la ley les atribuía el ejercicio de una función administrativa; y en materia contractual, cuando se trataba de contratos en los que se hubieran incluido la cláusula de caducidad o los principios de terminación, modificación o interpretación unilaterales, y sólo para tomar estas decisiones que la ley les permitía en algunos casos, y no otras. En consecuencia, resulta evidente que el representante legal del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE" no tenía competencia para proferir el acto administrativo aquí acusado, razón por la cual procedía declarar su nulidad como en efecto lo hizo el a-quo y por lo tanto, se confirmará el fallo recurrido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342)

Actor: SOCIEDAD TRONIX LTDA

**Demandado: CENTRO DISTRITAL DE SISTEMATIZACION Y SERVICIOS
TECNICOS -SISE -**

Referencia: APELACION DE SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de mayo de 1996, por medio de la cual se acogieron las pretensiones de la demanda y se realizaron las siguientes declaraciones:

“PRIMERO:- Decláranse no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEGUNDO:- Declárase la nulidad de las Resoluciones números 105 del 2 de abril y 150 del 18 de mayo de 1990, por las cuales el Gerente del centro (sic) Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos “SISE”, declaró y confirmó el incumplimiento parcial del contrato S 89-001 celebrado con TRONIX LTDA., y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

TERCERO:- Como consecuencia declárase que TRONIX LTDA, no esta (sic) obligado a cancelar las sumas establecidas en el acto anulado.

CUARTO:- En caso de que TRONIX LTDA. haya cancelado las sumas allí previstas, el Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos “SISE”, las devolverá actualizadas con el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha de pago y como final el de ejecutoria de la sentencia. Así mismo, tales sumas

devengarán intereses del 6% anual durante el mismo periodo.

QUINTO:- Sin condena en costas”.

ANTECEDENTES.

1.- A través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la firma **Tronix Ltda.** presentó oportunamente demanda en contra del **Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE"**, cuyas pretensiones fueron:

Primera:

Que se declare la NULIDAD de las Resoluciones números:

- 105 del 2 de abril de 1990, mediante la cual el Gerente del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", declaró el incumplimiento parcial del contrato número S89-001, suscrito con la firma TRONIX LTDA y,

- 150 del 18 de mayo de 1990, según la cual el Gerente del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", resolvió el recurso de reposición presentado por TRONIX LTDA contra la Resolución No. 105 del 2 de abril de 1990.

Las citadas resoluciones fueron notificadas personalmente los días 6 de abril de 1990 y el 21 de junio de 1990 respectivamente, según documentos que se anexan, debidamente autenticados.

Segunda:

En virtud y como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en el numeral anterior, pido que se RESTABLEZCA EL DERECHO a mi representado TRONIX LTDA, a fin de que no se hagan efectivas las sanciones contempladas en la parte resolutive de la Resolución 105 de abril de 1990, confirmadas por la Resolución 150 de mayo de 1990 y en especial las relativas a:

a) Sanción penal pecuniaria por valor de dos millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil quinientos diez pesos m/c (\$2'459.510).

b) Póliza de cumplimiento No. 61032 de Seguros Caribe S.A., por la suma de cuatro millones novecientos diecinueve mil veinte (\$4'919.020) pesos m/cte y reintegro por la misma cantidad.

Tercera:

Si para la fecha en que se dicte la sentencia que ponga fin al presente proceso, ya se hubieren cobrado las sanciones contempladas en la parte resolutive de la Resolución 105 del 2 de abril de 1990, confirmada por la Resolución 150 de mayo de 1990, solicito que se ordene la devolución por parte del "SISE" de los citados valores, con su correspondiente indexación, intereses, indemnización de perjuicios, todo lo cual se regulará en un incidente de regulación de perjuicios según las normas del Código de Procedimiento Civil, artículos 135 y siguientes."

2.- La parte actora fundamentó su demanda en los siguientes **hechos**:

“1.- El 6 de septiembre de 1988 la firma TRONIX LTDA presenta propuesta para el diseño de las bases de datos del plan de formación catastral.

2.- En sesiones de 7 y 28 de diciembre de 1988, mediante actas Nos. 16 y 18, la Junta Directiva del SISE autorizó la celebración del contrato para el diseño lógico de la base de datos relacional sobre información catastral y cartográfica con la firma TRONIX LTDA, por un valor total de veinticuatro millones quinientos noventa y cinco mil cien pesos m/c (\$24'595.100.00).

3.- El día 13 de abril de 1989, se celebró el contrato de derecho privado de PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. S89-001 entre TRONIX LTDA y el 'SISE', siendo su objeto consignado en la Cláusula Primera del documento contractual “El diseño y desarrollo lógico de la base de datos que va a manejar la información proveniente del Plan de Formación Catastral, con destino al Departamento Administrativo de Catastro Distrital, que permitirá la actualización integral de la información gráfica y la alfanumérica”

El valor del contrato se fijó en la suma de veinticuatro millones quinientos noventa y cinco mil cien pesos m/cte (\$24'595.100). La prestación de mi cliente se haría en cuatro (4) entregas. La designación del interventor se pactó a cargo del Catastro Distrital. El valor del contrato sería pagado en las fechas pactadas para las entregas de los diseños. El plazo máximo del contrato era de ocho meses.

4.- El día 27 de abril de 1989 el Doctor OSKAR HENRIKSEN, evaluador internacional del proyecto Col 18410071, indica en su informe, en relación con el trabajo y **estrategia** sugerida por TRONIX LTDA: ‘La estrategia de la base de datos definida por TRONIX **es recomendada** y debe ser implementada por las diferentes entidades que la requieran.’

5.- Con fecha 1 de marzo de 1989 el contratista entrega el Plan Logístico para el diseño de la base de datos del plan de formación catastral, correspondiente a la primera entrega pactada en el contrato, que constituye el 25% del valor del contrato.

6.- El 8 de junio de 1989 TRONIX LTDA efectúa la segunda entrega del contrato, correspondiente a los trabajos sobre definición de las estructuras de datos y de los niveles de información gráfica, que constituye el 25% del valor del contrato, con la cuenta de cobro respectiva.

7.- Con fecha 12 de julio de 1989 el Gerente de TRONIX LTDA Doctor CAMILO RIAÑO, mediante oficio 89-008 procede, de conformidad con lo establecido en el numeral tres de la cláusula tercera del contrato de Prestación de Servicios número S89-001, a remitir al Ingeniero MARIO LINARES en su calidad de Interventor del contrato el ‘Informe de Labores Correspondiente a la Tercera Entrega’; dos (2) diskettes que contienen la base de datos prototipo; tres archivos para el proceso de inclusión de la información a las tablas y diez archivos más correspondientes a las formas de acceso a los Programas de Transformaciones. Adicionalmente presentó cuenta de cobro 025-003,

correspondiente al 30% del valor del contrato.

8.- Con fecha 24 de julio de 1989, el Gerente de TRONIX LTDA mediante oficio 89-012, presenta al Interventor del contrato S89 -001 el documento 'Informe de Labores Correspondientes a la Cuarta Entrega'; dos diskettes que contienen los programas que permiten la integración del S.I.T a la base de datos y la cuenta de cobro 025-004 correspondiente al 20% restante del valor total del contrato de prestación de servicios (numeral 4, cláusula 3).

9.- El día 11 de Diciembre de 1989 se autorizó el acta de compromiso, que fue suscrita el 29 del mismo mes y año, para efectos de prorrogar el plazo del contrato por un mes más contado a partir de la fecha de terminación del mismo. De otra parte se acordó en esa misma acta dar el visto bueno por el interventor a las entregas segunda y tercera del contrato S89-001, para efectos de radicación y pago e indicar que los ajustes, si a ello hubiere lugar, se realizarían con cargo al cuarto pago.

10.- El 12 de diciembre de 1989, se suscribe entre el gerente del SISE y la gerente de TRONIX LTDA, un otrosí contentivo de la prórroga concedida, la cual se ampara debidamente con las pólizas exigidas.

11.- El día 29 de Diciembre/89, el Director de Catastro, Doctor FERNANDO SALAZAR DELGADO, solicita al Gerente del 'SISE', en su calidad de contrante (sic), se 'sirva cancelar las dos cuentas pendientes a la firma TRONIX LTDA'.

12.- El 2 de Abril de 1990, el Gerente del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", expide la Resolución No. 105, mediante la cual declara el incumplimiento parcial del contrato S89-001 a la firma TRONIX LTDA.

13.- El día 6 de Abril de 1990, se realiza la notificación personal de la Resolución 105 de Abril/90 al Gerente y Representante Legal de la firma contratista.

14.- El 16 de Abril de 1990 dentro de los términos legales, de acuerdo con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, TRONIX LTDA mediante apoderado, presenta recurso de reposición contra la Resolución de incumplimiento (105-90), en la cual se exponen múltiples argumentos técnicos y financieros para solicitar, con base en ellos, la revocación total de la Resolución citada y en su lugar, se proceda a declarar cumplido el contrato S89-001 y en consecuencia sea ordenado el pago correspondiente a la cuarta entrega.

15.- El 18 de mayo de 1990, el SISE expide la Resolución 150 de 1990, notificada el 21 de junio de 1990, mediante la cual se confirma en todas sus partes la Resolución 105 de 1990 y en esta forma se agotó la vía gubernativa."

La sociedad actora, consideró de un lado, que el acto acusado está viciado de falta de competencia, por cuanto tratándose de un contrato de derecho privado celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado en el que no se

factó la cláusula de caducidad, el mismo estaba sujeto a las normas del derecho común y a la jurisdicción ordinaria; el SISE no podía ejercer facultades exorbitantes y no podía en consecuencia, declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista; por otra parte, adujo falsa e indebida motivación de las resoluciones acusadas, puesto que no es cierto que la sociedad contratista hubiera incumplido el contrato como lo declaró la entidad demandada, quien además en el acto no especificó en debida forma en qué consistieron concretamente los supuestos incumplimientos del contratista, limitándose a afirmaciones genéricas, imprecisas y vagas que no constituyen en realidad la motivación requerida por la ley y que además atentan contra el derecho de defensa del contratista, refiriéndose extensamente a cada uno de los argumentos aducidos por la entidad, para intentar desvirtuarlos (fls. 3 a 49, cdno ppl).

En el alegato final, reiteró los argumentos de la demanda sobre la falta de competencia de la entidad para ejercer el poder exorbitante de declarar el incumplimiento contractual y sobre la falsa motivación de las resoluciones acusadas, solicitando además desestimar el peritazgo efectuado en el proceso, porque los peritos no pueden sustituir al juez en su función de juzgar si el contrato se cumplió o no (fl. 481, cdno ppl).

3.- Posición del litisconsorte necesario de la parte actora:

El auto admisorio de la demanda le fue notificado a la parte demandada y a la **Compañía Seguros Caribe S.A.**, quien presentó escrito coadyuvando la demanda presentada por la firma **TRONIX LTDA.**, en el cual expresó que el 14 de agosto de 1990 fue requerida por el "SISE" para que cancelara el valor de \$4'919.020.00 por concepto de la póliza de cumplimiento No. 61032 tomada por la firma **TRONIX LTDA.** para garantizar el cumplimiento del Contrato No. S89-001 celebrado por dicha firma y la entidad estatal, adjuntando para ello copia de las Resoluciones 105 y 150 de 1990; pero que, con fundamento en el artículo 1077 del Código de Comercio, le corresponde al asegurado o beneficiario probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida y en este caso el "SISE" no ha demostrado jurídicamente ni el hecho del incumplimiento ni la cuantía de los daños causados por el posible incumplimiento (fl. 254, cdno ppl).

4.- La contestación de la demanda:

El **Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos “SISE”**, Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital de Bogotá, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y propuso como excepciones la falta de competencia y la falta de jurisdicción, por considerar que tratándose de un contrato de derecho privado en el cual no se había pactado cláusula de caducidad, las confrontaciones que de él se suscitaran debían ser analizadas por la justicia ordinaria y no por la especializada de lo contencioso administrativo (fl. 277, cdno ppl).

En su alegato final, manifestó que las pruebas recaudadas y especialmente la pericial, acreditaban suficientemente el incumplimiento del contratista que justificó la decisión impugnada, y por lo tanto solicitó denegar las pretensiones de la demanda; adujo así mismo, que si bien el contrato era de derecho privado de la Administración y en principio la competencia para conocer de él era de la jurisdicción ordinaria, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, el mismo es ahora de conocimiento privativo de esta jurisdicción (fl. 478, cdno ppl).

5.- Sentencia de Primera Instancia:

El Tribunal **a-quo** en sentencia del 23 de mayo de 1996 resolvió acceder a las pretensiones de la demanda por considerar que la entidad demandada no tenía competencia para proferir el acto acusado, con fundamento en lo siguiente:

“... el SISE es una Empresa Industrial y Comercial Distrital conforme lo demuestran las disposiciones relativas a su creación y desarrollo. En consecuencia, los contratos celebrados por tal organismo se encuentran regulados por las normas que para tal efecto contiene el Código Fiscal del Distrito (Acuerdo No. 6 de 1985 del Concejo de Bogotá) durante cuya vigencia se celebró el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes.

...

Del contenido normativo de las disposiciones citadas se deduce en forma por demás clara que los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito se regulan por las normas de derecho privado que se aplican a los contratos celebrados entre particulares, con excepción de los que se refieran a obra pública, consultoría y empréstito.

De lo anterior se desprende que contratos como el de prestación de servicios celebrado entre las partes deben contener solo las cláusulas propias de los celebrados entre particulares, lo cual excluye la posibilidad de que se pacten facultades exorbitantes para la administración que se debe encontrar en todos los aspectos, en la

misma situación del particular contratante y, por tanto, cualquier decisión que tome la administración en uso de tales facultades está viciada de nulidad por falta de competencia para proferir los actos respectivos puesto que la ley no la otorga y cualquier conflicto debe ser dirimido por el juez del contrato como sucede en las relaciones negociales producto del acuerdo de voluntades entre particulares.

En el caso subjudice, el SISE celebró con Tronix Ltda. un contrato de prestación de servicios regulado por las normas del derecho privado y dada su naturaleza la administración no podía por sí y ante sí decidir que el contrato se había incumplido y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a través de un acto administrativo. Como así lo hizo, el gerente del SISE obró por fuera de sus facultades legales, sin competencia para ello, y el acto así expedido debe ser anulado para restaurar el orden jurídico lesionado.

Agrega la Sala que si bien la Resolución No. 21 del 7 de diciembre de 1982, originaria de la Junta Directiva del SISE consagró la posibilidad de que en todos los contratos celebrados por ese organismo se pudieran pactar cláusulas exorbitantes, entre ellas la de hacer efectiva directamente la sanción penal pecuniaria en caso de incumplimiento (artículo 35), tales disposiciones son inaplicables por violar las normas de carácter superior que regulan la materia, además que se deben entender derogadas por el Código Fiscal de Bogotá, expedido con posterioridad y que establece la regulación de los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales como el SISE por las normas del derecho privado, con las excepciones allí previstas.

Como consecuencia de lo expuesto, el cargo prospera y se accederá a las pretensiones de la demanda”.

Dos magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca salvaron el voto, por considerar que aún tratándose de un contrato de derecho privado de la Administración, ésta puede hacer efectivas las garantías otorgadas por el contratista, en la forma prevista en el artículo 68, num. 5° del Código Contencioso Administrativo; además consideraron que de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 (arts 1 y 169), las normas sobre contrato de prestación de servicios en él contenidas son aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, pero que el celebrado por las partes en el presente caso, no fue de esta clase sino de consultoría, contrato administrativo regulado por las normas de derecho público, por lo cual sí se podía pactar la cláusula de caducidad y se podía declarar el incumplimiento contractual como se hizo (fl. 520, cdno ppl).

6.- Recurso de Apelación:

En la debida oportunidad, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso

de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando que toda entidad estatal tiene la posibilidad de manifestarle al contratista que ha incumplido sus obligaciones y las consecuencias que de ello se derivan, planteando nuevamente la falta de competencia de esta jurisdicción para juzgar la decisión cuestionada; sostuvo el recurrente:

“... ”

Los actos administrativos demandados, no pueden considerarse como actos separables de la operación administrativa, que acompaña el proceso contractual de una entidad estatal, en tal virtud debe destacarse que la entidad estatal, bien fuera en un contrato de derecho privado de la administración o uno administrativo, ante la apreciación del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, debe hacérselo saber, así como la manifestación de las consecuencias legales del incumplimiento y ésta manifestación estatal, se encuentre contenida en un oficio, o en una resolución, como es el caso sub judice, constituye un acto administrativo, no separable de la ejecución del contrato. Sostener la tesis que la administración, carece de competencia y no puede directamente manifestarle al contratista que ha incumplido con un contrato, sería dejarla sin forma de oponer la excepción de contrato no cumplido, así como volver totalmente nugatorias las garantías constituidas para amparar el cumplimiento.

Ahora bien, puesto en claro la intención de la administración de no continuar la ejecución de un contrato, por haber incumplido el contratista con sus obligaciones contractuales, es evidente que la resolución del contrato, por esta causal, o la continuación de su ejecución por no poder probar la administración la motivación de su acto administrativo corresponde, para el caso de un contrato de derecho privado de la administración, a la justicia ordinaria, y por ende carecería la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para pronunciarse sobre su (sic) legalidad de los actos que contiene tal decisión”.

La apelante solicitó así mismo, que de confirmarse el fallo se determinen las consecuencias de la nulidad en cuanto a la continuación o no de la ejecución del contrato.

7.- Concepto del Ministerio Público en segunda instancia:

El Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación, consideró que, teniendo en cuenta el objeto del contrato y a la luz de lo estipulado en el artículo 164 del Decreto 222 de 1983 -que establece dentro de la clasificación de los contratos de prestación de servicios los de “sistemas de información y servicios de

procesamiento de datos”-, el celebrado por las partes en el presente caso, sí fue un contrato de prestación de servicios; consideró así mismo, que siendo la entidad contratante una empresa industrial y comercial del Estado, sus contratos estaban sujetos a las normas del derecho privado, y excepcionalmente estarían regidos por el Decreto 222 de 1983 en los casos expresamente señalados por éste, es decir en cuanto se tratara de los contratos de empréstito y obras públicas y en aquellos aspectos en los que expresamente se refiriera la norma a tales empresas, debiendo aplicarse estas excepciones de manera restrictiva, por lo cual la disposición del Decreto que obligaba entre otras a las empresas industriales y comerciales del Estado a obtener el concepto favorable de la Presidencia de la República para la celebración de contratos de prestación de servicios de cuantía superior a \$1'200.000,00 (artículos 169 y 170), no podía entenderse como una sujeción de sus contratos de prestación de servicios a todas las normas del Decreto 222 de 1983 que los regulan. Con relación a los actos que declararon el incumplimiento, manifestó (fl. 549, cdno ppl):

“Hay que advertir que la declaración de incumplimiento es distinta de la declaración de caducidad; esta última es una cláusula contractual, normalmente expresa y, en veces, presunta: aquella es una prerrogativa que se deriva directamente de la ley; en este caso, el inciso 1° del art 72 del decreto 222 de 1983.

Su regulación obedece a principios distintos: la caducidad es un mecanismo de apremio que se consagró con miras al cumplimiento del contrato; por eso su declaración sólo es jurídicamente posible durante el término contractual. La declaración de incumplimiento se produce por fuera de ese término toda vez que su consagración nada tenía que ver con el cumplimiento del contrato sino con el cobro de la cláusula penal pecuniaria. La cláusula de caducidad subsiste con el nuevo estatuto contractual contenido en la ley 80 de 1993; la posibilidad de declarar el incumplimiento desapareció con este nuevo ordenamiento”

En consecuencia, consideró que el acto acusado sí estaba viciado de falta de competencia y solicitó la confirmación del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia impugnada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I- Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Tal y como lo sostiene el Tribunal de Instancia, antes de la vigencia de la Ley 80 de 1993, las controversias originadas en los contratos “privados de la administración” con excepción de aquellos en que se pactaba cláusula de caducidad, eran de competencia de la jurisdicción ordinaria (artículo 17 del Decreto Ley 222 de 1983, artículo 304 del Código Fiscal de Bogotá D.E.), así como lo eran también los litigios derivados de los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado -y las sociedades de economía mixta con el 90% o más de su capital social de propiedad estatal- que, en razón de la naturaleza de estas entidades, se regían, excepto los de obra pública y empréstito -y los de consultoría para las entidades de esta naturaleza vinculadas al Distrito Especial, art. 195 del Código Fiscal-, por las normas del derecho privado salvo en aquellas materias en que específicamente el estatuto de contratación pública se refiriera expresamente a aquellas.

El contrato sobre el cual versa la presente litis fue celebrado por el Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos SISE, empresa industrial y comercial del Distrito Capital y no es de los exceptuados por la norma como de competencia de esta jurisdicción -obra pública, empréstito o consultoría-, por lo que en principio podría pensarse que su conocimiento le correspondería a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, se observa que la controversia planteada gira en torno a la legalidad de las Resoluciones Nos. 105 del 2 de abril y 150 del 18 de mayo de 1990, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato No. S-89-001 del 13 de abril de 1989 celebrado entre el “SISE” y la sociedad TRONIX LTDA. y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato -por la primera- y se confirmó tal decisión -en la segunda-, acto administrativo proferido por el representante legal de la referida entidad, por lo cual de conformidad con lo estipulado en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para su juzgamiento, independientemente de la naturaleza del vínculo contractual que haya dado lugar a la expedición del acto.

II- Las pretensiones.

Como ya se dijo, están encaminadas a obtener la declaratoria de nulidad de las **Resoluciones Nos. 105 y 150 de 1990**, por medio de las cuales el **Centro**

Distrital de Sistematización y Servicios SISE declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. S89-001 de 1989 celebrado entre esta entidad y la demandante sociedad **Tronix Ltda.**, ordenó hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento, y ordenó al contratista el reintegro de unas sumas de dinero pagadas; para establecer si alguno de los cargos que le hizo la parte actora al acto administrativo acusado, de falta de competencia y falsa motivación, realmente se configuró, la Sala analizará los siguientes puntos: 1) la naturaleza de la entidad contratante, 2) su régimen jurídico de contratación 3) facultades exorbitantes de las entidades estatales 4) El contrato suscrito por las partes y 5) la decisión tomada en el presente caso y que fue objeto de impugnación:

1) Naturaleza jurídica de la entidad contratante:

Se observa que el Decreto 410 del 19 de abril de 1974 del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, que modificó el Acuerdo No. 15 de 1968 (fl. 80, cdno 1) -mediante el cual se creó al Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE" como una "entidad autónoma descentralizada..."-, definió nuevamente la naturaleza jurídica del SISE y el régimen jurídico aplicable al mismo, disponiendo que "...es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito Especial de Bogotá, vinculada a la Alcaldía Mayor y dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio..." (art 1°, fl. 55, cdno ppl).

El hecho de que sea clasificada como empresa industrial y comercial del Estado tiene repercusiones sobre el régimen jurídico de sus actuaciones; en efecto, se debe tener en cuenta que la clasificación de una entidad como de una clase u otra, obedece a las distintas funciones que el Estado puede desempeñar en el concierto de la actividad pública y que requiere de entidades especializadas que las lleven a cabo, por lo cual el ordenamiento jurídico se encarga de establecer el régimen normativo de su estructura y de su actividad, determinando expresamente los límites dentro de los cuales esta última se debe realizar con miras a la obtención de sus precisos objetivos, dando cumplimiento con ello a lo estipulado en el artículo 121 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; es así como el legislador establece de manera precisa el régimen jurídico que rige sus actuaciones.

Dentro de ese marco normativo, se halla el que corresponde a las empresas

industriales y comerciales del Estado, las cuales de acuerdo con lo estipulado por el artículo 6° del Decreto 1050 de 1968¹ “son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley” y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica 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.

Se trata pues, de 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 disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes. Al respecto, el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, disponía:

“De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. 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**”. (negrillas fuera de texto)

¹ Norma que regulaba junto con el Decreto 3130 del mismo año lo atinente a la organización y funcionamiento de la administración nacional y de las entidades descentralizadas del orden nacional, y que rigieron hasta la expedición de la Ley 489 de 1998

Es así que las empresas industriales y comerciales del Estado manejan un régimen jurídico mixto, puesto que por regla general, en sus asuntos y actuaciones se aplican las normas del derecho privado, pero también, aunque excepcionalmente, están sujetas a normas de derecho público, caso en el cual sus actos son administrativos y están sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

2) Régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales.

Específicamente sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren estas entidades, se tiene que en principio será el de derecho privado; al respecto el Decreto 3130 de 1968, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis -1989-, estableció el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, estipulando en sus artículos 31 y 34 que los actos y hechos que ellas realicen para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales “están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria” y “Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos”; además, los contratos que celebren para el desarrollo de las mismas actividades comerciales e industriales, “...no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno”, estableciendo así mismo la norma que “Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, aunque “...podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y deberán incluir, cuando fuere el caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas”.

Por su parte, la Ley 19 de 1982 dispuso en su artículo 5º que en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, sus normas fiscales podían disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebraren así como respecto a las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; **pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como las inhabilidades e incompatibilidades, eran materia reservada de la ley.**

En virtud de las facultades otorgadas por esta ley, fue expedido el Decreto Ley

222 de 1983, estatuto de contratación administrativa, que al definir su campo de aplicación en el artículo 1°, estableció que a las empresas industriales y comerciales del Estado les son aplicables las normas consignadas en dicho decreto **sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades**; esta última condición, se presentaba en el artículo 169, en cuanto a la exigencia a las entidades descentralizadas y entre ellas a las empresas industriales y comerciales del Estado, de contar con concepto previo de la Presidencia de la República cuando fueran a celebrar contratos de prestación de servicios con un monto superior a \$1'200.000,00 - tal función fue traspasada por el art. 25 del Decreto 1680 de 1991, a los Ministerios y Departamentos Administrativos-.

De otro lado, el artículo 254 del mismo estatuto, establecía respecto de los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, que salvo lo dispuesto en el mismo, los requisitos y cláusulas de los contratos que celebraren no serían los previstos en sus normas sino los usuales para los contratos entre particulares, aunque cuando a ello hubiere lugar, sí debían incluir lo relativo a la renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.

En ejercicio de la facultad otorgada por la ley a las entidades territoriales, el Distrito Capital de Bogotá reguló en su Código Fiscal (Acuerdo 6 de 1985) el tema de la contratación del Distrito y sus entidades descentralizadas, preceptuando en su artículo 195 la aplicación de las normas del Código a las empresas industriales y comerciales del Distrito relativas a los contratos de empréstito, obras públicas y consultoría, y aquellas que expresamente se refirieran a estas entidades.

A su vez, el artículo 284 ibídem, al igual que lo hacía el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1983, contemplaba la posibilidad de que en los contratos de derecho privado de la Administración se pactara la cláusula de caducidad, caso en el cual debían así mismo incluirse los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales; como consecuencia de ello, le correspondía a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad (art 17, Decreto 222/83).

El Decreto 410 de 1974 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, regulador del régimen jurídico del "SISE", establecía también en su artículo 2° que "Los actos, hechos, operaciones y contratos que realice el Centro Distrital de Sistematización y

Servicios Técnicos, estarán sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia. Podrá también cuando lo requiera, celebrar contratos sometidos al régimen del derecho público, ciñéndose para ello a las disposiciones legales”

Y la Resolución No. 21 del 7 de diciembre de 1982 expedida por el SISE y que reglamentó el régimen de contratación de la entidad (fl. 62, cdno ppl), también dispuso en su artículo 1° que los contratos de empréstitos y de obras públicas se regirían siempre por el Código Fiscal de Bogotá mientras que todos los demás se sujetarían a las disposiciones de dicha resolución y en lo no previsto por ella, a las normas del derecho privado; en el artículo 24, clasificó algunos de los contratos que podría celebrar la entidad según su objeto, y en el artículo 25, definió el de prestación de servicios, como aquel que se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades de la Empresa, cuando los mismos no puedan cumplirse con personal de planta y también los celebrados con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico.

3) Facultades exorbitantes de las entidades estatales.

Toda vez que uno de los cargos que el demandante formula en contra del acto acusado es el de falta de competencia, porque en él el representante legal del SISE, al declarar el incumplimiento parcial del contratista y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ejerció una facultad exorbitante de la que legalmente carecía por tratarse de un contrato de derecho privado, resulta necesario analizar el tema de estas facultades.

En primer término, en materia de contratación estatal no se puede perder de vista el hecho de que en la misma se manejan intereses distintos a los que motivan los negocios entre particulares, puesto que siempre, aunque sea indirectamente, a la Administración la mueve una finalidad de interés general, que es la que justifica en últimas su propia existencia; y por ello, “Tampoco puede ésta celebrar contratos ni públicos ni privados, donde la finalidad de utilidad pública o de la propia Administración estén ausentes porque estaría fuera de su razón jurídica de ser”², mientras que para el particular, el móvil siempre lo constituirá el ánimo de lucro y las ventajas personales, individuales, en su propio provecho, que pueda derivar de

² PEREZ HUALDE, Alejandro; Contratos Administrativos (dirigido por ISMAEL FARRANDO (h)) LexisNexis Abeledo Perrot Buenos Aires, 1ª. Ed., 2002; pg.442.

esa actividad lícita.

En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc. etc..

Como parte de esos poderes, el legislador le ha otorgado expresamente algunos que son propios de los contratos estatales regidos por las normas de derecho público -antes, Decreto Ley 222 de 1983 y hoy la Ley 80 de 1993-, denominados cláusulas exorbitantes o facultades excepcionales al derecho común, por cuanto resultan ajenos a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato corriente sujeto a las normas del derecho privado y le otorgan a la Administración prerrogativas que rompen el principio de igualdad entre las partes.

El Decreto 222 de 1983, vigente para la época de celebración del contrato objeto de la presente litis, contemplaba la declaratoria de caducidad del contrato, la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria, la renuncia a reclamación diplomática y los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

La caducidad administrativa de los contratos, es la sanción más drástica que la entidad pública contratante le puede imponer a su contratista, debe ser declarada mediante acto administrativo unilateral -resolución motivada- y consiste básicamente en la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante en el estado en que se encuentre, para continuar con su ejecución directamente o a través de otro contratista, siempre que se presente alguna de las causales legalmente contempladas para ello; de tal decisión se derivan otras consecuencias, como son: el cobro al contratista de las multas impuestas y de la cláusula penal pecuniaria pactada, la efectividad de las garantías del contrato y la inhabilidad legal derivada de dicha medida para el contratista, que le impide celebrar contratos con la Administración Pública durante determinado lapso.

El Decreto 222 de 1983, en normas que fueron acogidas por la mayoría de los códigos fiscales de los municipios y entre ellos el Distrito Especial de Bogotá (hoy

Distrito Capital), establecía las causales de caducidad (art. 62) y entre ellas se encontraba el incumplimiento grave del contratista.

Cuando la entidad estatal declara la caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, debe establecer la existencia de los hechos constitutivos del mismo, y ésta será la motivación del acto administrativo respectivo; es decir que unilateralmente califica la actuación de aquel y si incurrió o no en esa conducta u omisión que acarrea consecuencias negativas para el colaborador de la Administración, que ésta puede concretar y volver realidad con su sola declaración, sin necesidad de recurrir al juez del contrato para obtener su pronunciamiento.

El Decreto 222 de 1983, contemplaba también en su art. 72 la posibilidad que tenía la Administración de declarar -en los contratos administrativos- directamente el incumplimiento del contratista, es decir sin necesidad de declarar la caducidad, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria que había sido pactada en el contrato. Al respecto, la mencionada norma estipulaba:

*“Art. 72.- De la cláusula Penal Pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, **que se hará efectiva directamente por la entidad contratante** en caso de declaratoria de caducidad **o de incumplimiento**.*

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante” (negritas fuera de texto).

Quiere decir lo anterior, que en vigencia del Decreto 222 de 1983 las entidades estatales sujetas a sus normas tenían la facultad exorbitante de definir por sí y ante sí lo concerniente al cumplimiento del contrato, mediante dos sistemas: A través de la declaratoria de caducidad o declarando simplemente el incumplimiento -definitivo- del contrato, para los solos efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria, decisión esta última que no conllevaba las drásticas consecuencias de la primera, pero que sí constituía como aquella, una definición unilateral respecto de la ejecución final de las obligaciones a cargo del contratista, determinando si colmaban o no las exigencias contractuales.

Se reitera entonces, que las anteriores facultades estaban contempladas por la ley para los contratos administrativos celebrados por las entidades estatales sujetas al régimen del Decreto Ley 222 de 1983, pero no para las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo régimen de contratación es el del derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, los cuales si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada.

La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil 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". En palabras de la doctrina:

"... la cláusula penal es una estipulación relativa a la sanción del deudor en caso de inexecución de su obligación contractual, lo que es un primer elemento de la definición de la cláusula penal. ...otro elemento de la cláusula penal, ... es el monto de los daños y perjuicios que establece. ...En otras palabras, la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

... La cláusula penal supone, en primer lugar, que el deudor es responsable para con el acreedor. En efecto, en el caso en que la inexecución de la obligación no sea imputable al deudor, el acreedor no podrá invocar a su favor la cláusula penal. En otras palabras, la cláusula penal viene a insertarse en el mecanismo de la responsabilidad del deudor y esta es una condición necesaria para que la cláusula penal produzca el efecto previsto. Sin embargo, al estipular una cláusula penal los contratantes exoneran al acreedor de aportar la prueba del daño que sufrió a causa de la inexecución de la obligación imputable al deudor. De allí se deduce que el juez no tiene que investigar si el acreedor sufrió un daño cuando invoca en su favor la aplicación de la cláusula.

...

Por cuanto ella constituye una evaluación global de los daños y perjuicios, la cláusula penal obliga al juez. En efecto, la utilidad de la cláusula penal, sea que constituya un medio de presión sobre el deudor para obligarlo a cumplir, lo que supone una suma superior al daño sufrido por el acreedor, sea que se estipule en interés del deudor, caso en el cual la suma prevista será inferior al daño sufrido por el acreedor, sería nula si el juez puede negarse a aplicarla con el pretexto de que no corresponde exactamente al daño sufrido. La suma prevista se impone en todo su rigor y las partes no podrán impugnarla posteriormente”.³

A lo anterior, cabe agregar que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1600 del Código Civil, “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”, aunque en el evento de optar por la primera, deberá acreditar ante el juez el monto de los perjuicios realmente sufridos.

Resulta claro entonces, que en el régimen de derecho privado primero deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido, para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado por las partes a título de indemnización de perjuicios en la cláusula penal pecuniaria del contrato.

De otro lado, en materia de contratación estatal y en los términos en que fue contemplada por el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983, la cláusula penal pecuniaria constituía una sanción que, frente al incumplimiento de su contratista, podía imponer directamente la Administración sólo en los contratos administrativos regidos por las disposiciones del mencionado Decreto; poder sancionador de la Administración contratante en los contratos regidos por el Derecho Público, sobre el cual la doctrina ha sostenido:

“...que al derecho de *control* que tiene la Administración Pública le corresponde como lógica consecuencia un derecho de *sanción*: no basta darle a la Administración **el medio de comprobar las faltas de su contratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas**, y esto se logra mediante las distintas *sanciones* admitidas por la ciencia jurídica.

Concordantemente, Bercaitz señala que correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato es la potestad de sanción que también posee, **consecuencia de su**

³ LARROUMET, Christian; Teoría General del Contrato Vol. II. Editorial Temis. 1999. pg. 124 y sgtes.

superioridad jurídica frente al cocontratante en esa ejecución. Traduce un verdadero poder disciplinario de parte de la Administración Pública y constituye otra expresión del estado de “subordinación” que crea **el contrato administrativo** para el cocontratante.

...

La *multa* y la *cláusula penal* son sanciones pecuniarias fijas y *predeterminadas*, consistentes en el pago de una suma de dinero para el caso en que el cocontratante incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones debidas a su cargo.

...

Las *multas* y la *cláusula penal* juegan especialmente en los contratos administrativos para los casos de *mora* en su ejecución por parte del contratante. Se aplican y se hacen efectivas directamente por la Administración.

Tanto la *cláusula penal* como las *multas* que se apliquen deben tener siempre por “fuente” al contrato o los pliegos de condiciones. Si se pretendiera sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad no integrante del contrato, implicaría apartarse del contrato, lo que sería una actividad *evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica*”⁴.

Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

4) El contrato celebrado por las partes.

El contrato No. S89-001 del 13 de abril de 1989 celebrado entre la firma demandante TRONIX LTDA y el SISE (fl. 262, cdno 2), tuvo por objeto “el diseño y el desarrollo lógico de la base de datos que va a manejar la información proveniente del Plan de Formación Catastral, con destino al Departamento Administrativo de Catastro Distrital, que permitirá la actualización integral de la

⁴ Ismael Farrando (h), ob. Cit., pgs. 567, 577 y 578.

información gráfica y la alfanumérica”; se pactó un valor de \$ 24’595.100 y su plazo de duración fue de 8 meses contados a partir de su perfeccionamiento, debiéndose suscribir el acta de iniciación dentro de los 5 días siguientes a este evento.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 164 del Decreto Ley 222 de 1983, que enumera algunos de los contratos que clasifica como de prestación de servicios, son de esta clase, entre otros, los relativos a **sistemas de información y servicios de procesamiento de datos**, materia que concuerda exactamente con las labores que fueron objeto del contrato en la presente litis, por lo cual resulta incuestionable su naturaleza de contrato de prestación de servicios, celebrado por una empresa industrial y comercial del Estado (Distrito Capital) y por lo tanto sujeto a las normas del derecho privado.

En el Contrato, las partes pactaron (fl. 265, cdno 2):

CLAUSULA DECIMA SEXTA: SANCION PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento total o parcial de las obligaciones que en virtud del presente contrato asume el CONTRATISTA, se fija por una cuantía equivalente al 10% del valor del contrato o la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Igualmente tanto las multas como la sanción penal pecuniaria podrán ser descontadas de cualquier suma que el SISE le adeude al CONTRATISTA, de las garantías o por vía judicial (Artículo 36 de la Resolución 021 de 1982)”.

Como ya se vio, inclusive los particulares en sus contratos pueden pactar sanciones pecuniarias aplicables en el evento de que se presente un incumplimiento contractual, por lo cual el SISE podía incluir en su contrato con la firma Tronix Ltda. la anterior cláusula penal pecuniaria; sin embargo, se observa que no podía establecer su cobro directo mediante descuentos de las sumas debidas o de la garantía pues se requería el previo pronunciamiento del juez del contrato, por lo cual tal estipulación resulta ineficaz; en relación con la efectividad de tal sanción, se observa:

5) El acto administrativo acusado.

En el presente caso, mediante la Resolución No. 105 del 2 de abril de 1990,

confirmada por la Resolución No. 150 del 18 de mayo de 1990 notificada a la demandante el día 21 de junio de 1990 (fls. 82 a 95, cdno. ppl. y fls. 84 a 95, cdno 2), el SISE declaró el incumplimiento parcial del Contrato S89-001 celebrado por las partes el 13 de abril de 1989 y resolvió hacer efectiva la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima Sexta del contrato, equivalente al 10% del valor del contrato, o sea la suma de \$ 2'459.510, ordenando también hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 61032 de Seguros Caribe S.A., por medio de la cual el contratista garantizaba el cumplimiento del contrato en cuantía de \$4'919.020. de otro lado, decidió solicitarle al contratista el reintegro de \$4'919.020 “pagados de más con relación a lo realmente ejecutado, caso contrario este cobro el SISE lo hará por vía judicial...”.

Se advierte entonces, que a través de las resoluciones acusadas la entidad contratante, empresa industrial y comercial del Estado del nivel distrital, sujeta a las disposiciones del derecho privado en cuanto al contrato de prestación de servicios objeto de la presente litis, declaró por sí y ante sí el incumplimiento de su contratista, quien a la luz del régimen legal aplicable al mismo, celebró el negocio jurídico con dicha entidad en pie de igualdad y tenía derecho a que fuera el juez del contrato quien definiera su comportamiento contractual y lo relativo a la ejecución de las obligaciones a su cargo.

Se reitera que las empresas industriales y comerciales del Estado a la luz del régimen legal vigente para la época de expedición de las resoluciones acusadas, sólo podían proferir actos administrativos en aquellos específicos eventos en los que la ley les atribuía el ejercicio de una función administrativa; y en materia contractual, cuando se trataba de contratos en los que se hubieran incluido la cláusula de caducidad o los principios de terminación, modificación o interpretación unilaterales, y sólo para tomar estas decisiones que la ley les permitía en algunos casos, y no otras.

En consecuencia, resulta evidente que el representante legal del **Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos “SISE”** no tenía competencia para proferir el acto administrativo aquí acusado, razón por la cual procedía declarar su nulidad como en efecto lo hizo el **a-quo** y por lo tanto, se confirmará el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la Sentencia proferida el veintitrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996) por la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente Sala

NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. NORA CECILIA GOMEZ MOLINA

SISE - Empresa industrial y comercial del Estado / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA - Representante legal. Empresa industrial y comercial del Estado

Aunque comparto la decisión a la que la sala llegó en la sentencia de la referencia, en cuanto se confirma la sentencia de A qua, en el sentido de que procede la nulidad de las resoluciones 105 del 2 de abril de 1990 y 150 del 18 de mayo del mismo año, expedidas por el gerente del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", por cuanto tratándose de una empresa industrial y comercial del Estado su representante legal no tenía atribuciones para declarar "por si y ante si el incumplimiento de su contratista" ya que éste celebró el negocio jurídico con dicha entidad en pie de igualdad y tenía derecho a que fuera el juez del contrato quien definiera su comportamiento contractual y lo relativo a la ejecución de las obligaciones a su cargo"; considero no obstante oportuno hacer las siguientes precisiones frente a la garantía de cumplimiento del contrato, y

sobre la cual no se hizo mención alguna en la sentencia, pese a que no cambia la decisión.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Cláusulas exorbitantes / CLAUSULAS EXORBITANTES - Empresa industrial y comercial del Estado

No cabe duda que toda la normatividad que regía la contratación de la entidad demandada conduce a concluir que las cláusulas exorbitantes resultaban extrañas al contrato de prestación de servicios que en el presente caso fue el celebrado. Ello por cuanto, como acertadamente se manifiesta en las consideraciones de la sentencia, antes de la ley 80 de 1993, los actos y hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado, estaban sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria (art. 31 decreto 3130 de 1968), como era el caso del contrato que ocupó la atención de la sala, ya que fue celebrado en el año 1989. En ese orden, el decreto ley 222 de 1983, estableció que a las empresas industriales y comerciales del Estado les sería aplicables las normas consignadas en ese Estatuto, sólo en lo referente a los contratos de empréstito y de obras públicas (art. 1°), y el Estatuto Fiscal del Distrito (acuerdo 6 de 1985), al recoger una norma de igual contenido para empresas industriales y comerciales del Distrito, extendió la aplicación estatuto fiscal también a los contratos de consultoría (art. 195).

FF: LEY 80 DE 1993; DECRETO 3130 DE 1968 ARTICULO 31

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Empresa industrial y comercial del estado / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Derecho privado / GARANTIA CONTRACTUAL - Diferente a potestad sancionatoria / POTESTAD SANCIONATORIA - Diferente a garantía contractual

Tal como fue redactada la cláusula no pareciera que la intención de las partes fue la de que la entidad contratante se reservaba la atribución de declarar el incumplimiento del contratista, en los términos que lo permitía el arto 72 del decreto 222 de 1983(1). Con acierto, en la sentencia se precisa, que en los contratos sometidos al derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual, como la cláusula penal, la cual está prevista en los artículos 1592 y 867 de las referidas legislaciones. Lo que se le censura a la entidad contratante y la razón por la cual se declara la nulidad de sus actos, es haber decidido ella, unilateralmente, que el contratista incumplió sin haber acudido al juez competente y haber dispuesto directamente la retención de dineros. A mi juicio, la entidad contratante bien podía haber expedido las resoluciones que se demandaron para hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato y cobrarse así la cláusula penal pecuniaria. Pues si bien es cierto, el contrato se regía por las normas del derecho privado, se le impuso la carga de realizar el procedimiento que diseñaron las compañías de seguros para hacer efectivas las garantías otorgadas a favor de las entidades oficiales y es la de declarar el siniestro, con la expedición de un acto administrativo. Ya la sala ha precisado que "es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inexecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Significa lo anterior, que si la entidad contratante hubiera motivado la expedición de las resoluciones demandadas con el propósito de hacer efectivas las garantías y agotar el

procedimiento previsto en el arto 68 del I Código Contencioso Administrativo, otras muy diferentes habrían sido las consideraciones y seguramente la decisión de la sentencia. En las relaciones entre los particulares no se requiere la intervención judicial para cobrar un siniestro a la aseguradora, basta agotar el procedimiento señalado en los artículos 1075 Y siguientes del Código de Comercio, y en similar sentido pudo obrar la entidad demandada para no caer como lo hizo, en la declaratoria unilateral del incumplimiento del contratista

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-26-000-1990-06904-01(12342)

Actor: SOCIEDAD TRONIX LTDA

**Demandado: CENTRO DISTRITAL DE SISTEMATIZACION Y SERVICIOS
TECNICOS -SISE -**

ACLARACION DE VOTO

Aunque comparto la decisión a la que la sala llegó en la sentencia de la referencia, en cuanto se confirma la sentencia de A qua, en el sentido de que procede la nulidad de las resoluciones 105 del 2 de abril de 1990 y 150 del 18 de mayo del mismo año, expedidas por el gerente del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE", por cuanto tratándose de una empresa industrial y comercial del Estado su representante legal no tenía atribuciones para declarar "por si y ante si el incumplimiento de su contratista" ya que éste celebró el negocio jurídico con dicha entidad en pie de igualdad y tenía derecho a que fuera el juez del contrato quien definiera su comportamiento contractual y lo relativo a la ejecución de las obligaciones a su cargo"; considero no obstante oportuno hacer las siguientes precisiones frente a la garantía de cumplimiento del contrato, y sobre la cual no se hizo mención alguna en la sentencia, pese a que no cambia la decisión.

No cabe duda que toda la normatividad que regía la contratación de la entidad demandada conduce a concluir que las cláusulas exorbitantes resultaban extrañas al contrato de prestación de servicios que en el presente caso fue el celebrado. Ello por cuanto, como acertadamente se manifiesta en las consideraciones de la sentencia, antes de la ley 80 de 1993, los actos y hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado, estaban sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria (art. 31 decreto 3130 de 1968), como era el

caso del contrato que ocupó la atención de la sala, ya que fue celebrado en el año 1989. En ese orden, el decreto ley 222 de 1983, estableció que a las empresas industriales y comerciales del Estado les sería aplicables las normas consignadas en ese Estatuto, sólo en lo referente a los contratos de empréstito y de obras públicas (art. 1°), y el Estatuto Fiscal del Distrito

(acuerdo 6 de 1985), al recoger una norma de igual contenido para empresas industriales y comerciales del Distrito, extendió la aplicación estatuto fiscal también a los contratos de consultoría (art. 195).

Pero en lo que busco detenerme es en la forma en que fue pactada la sanción penal pecuniaria en el contrato de prestación de servicios 889-001:

CLAUSULA DECIMA SEXTA: SANCION PENAL PECUNIARIA: El incumplimiento total o parcial de las obligaciones que en virtud del presente contrato asume el CONTRATISTA, se fija por una cuantía equivalente al 10% del valor del contrato o la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Igualmente tanto las multas como la sanción penal pecuniaria podrán ser descontadas de cualquier suma que el SISE le adeude al CONTRATISTA, de las garantías o por vía judicial (Artículo 36 de la Resolución 021 de 1982)".

Tal como fue redactada la cláusula no pareciera que la intención de las partes fue la de que la entidad contratante se reservaba la atribución de declarar el incumplimiento del contratista, en los términos que lo permitía el arto 72 del decreto 222 de 1983(1). Con acierto, en la sentencia se precisa, que en los contratos sometidos al derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual, como la cláusula penal, la cual está prevista en los artículos 1592 y 867 de las referidas legislaciones.

Lo que se le censura a la entidad contratante y la razón por la cual se declara la nulidad de sus actos, es haber decidido ella, unilateralmente, que el contratista incumplió sin haber acudido al juez competente y haber dispuesto directamente la retención de dineros:

"Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos,

1 Señalaba esta norma. "De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento".

frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento. (...)

Como ya se vio, inclusive los particulares en sus contratos pueden pactar sanciones pecuniarias aplicables en el evento de que se presente un incumplimiento contractual, por lo cual el SISE podía incluir en su contrato con la firma Tronix Ltda. la anterior cláusula penal pecuniaria; sin embargo, se observa que no podía establecer su cobro directo mediante descuentos de las sumas debidas o de la garantía pues se requería el previo pronunciamiento del juez del contrato, por lo cual tal estipulación resulta ineficaz; en relación con la efectividad de tal sanción..." (páginas 21 y 22 sentencia).

A mi juicio, la entidad contratante bien podía haber expedido las resoluciones que se demandaron para hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato y cobrarse así la cláusula penal pecuniaria. Pues si bien es cierto, el contrato se regía por las normas del derecho privado, se le impuso la carga de realizar el procedimiento que diseñaron las compañías de seguros para hacer efectivas las garantías otorgadas a favor de las entidades oficiales y es la de declarar el siniestro, con la expedición de un acto administrativo.

El formato de condiciones generales de la póliza No. 61033 de la compañía Seguros Caribe (fl. 7 c.3), tal como lo siguen insertando las pólizas que expiden las compañías de seguros para garantizar las obligaciones del contratista particular frente a la administración, señalaba en la estipulación CUARTA:

"Se entiende causado el siniestro:

Cuando quede debidamente ejecutoriado la Resolución Administrativa que declare la realización del riesgo que ampara la presente póliza, por causas imputables al contratista, cuando tal Resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a la Aseguradora. (..)

En los casos de multas y cláusula penal, cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa motivada que imponga al contratista las multas o cláusula penal estipuladas en el contrato, siempre y cuando haya sido notificada oportuna y debidamente a la aseguradora".

Ya la sala ha precisado que "es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inexecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. (2)

Significa lo anterior, que si la entidad contratante hubiera motivado la expedición de las resoluciones demandadas con el propósito de hacer efectivas las garantías y agotar el procedimiento previsto en el arto 68 del I Código Contencioso Administrativo, otras muy diferentes habrían sido las consideraciones y seguramente la decisión de la sentencia. En las relaciones entre los particulares no se requiere la intervención judicial para cobrar un siniestro a la aseguradora, basta agotar el procedimiento señalado en los artículos 1075 Y siguientes del Código de Comercio, y en similar sentido pudo obrar la entidad demandada para no caer como lo hizo, en la declaratoria unilateral del incumplimiento del contratista.

Con todo respeto,

NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA

Consejera (E)

Fecha ut supra