

## **CONTRATO DE EXPORTACION - Naturaleza Jurídica / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION / CLAUSULA DE CADUCIDAD / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA**

El contrato de exportación celebrado entre las partes en vigencia del Decreto 222 / 83 no está incluido en la relación que de los contratos administrativos hizo el Art. 16 de ese ordenamiento, en consecuencia, es un contrato de derecho privado justificable, en sede de lo contencioso administrativo, por haberse pactado en él la cláusula de caducidad, para con aplicación del derecho sustancial de índole privado, como es el Código de Comercio y el Código Civil. Esta orientación la ha reiterado la Sala, entre otros en proveídos del 8 de septiembre de 1987, proceso 4955, Actor: Centro de Cómputo de Nariño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 25 de julio de 1991, proceso No. 6471, Actor: Sociedad Proviseguros Ltda., Asesores de Seguros. Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

## **MULTAS / PODER COACTIVO / CONTRATOS ADMINISTRATIVOS / CONTRATOS ESTATALES / CLAUSULAS EXORBITANTES**

Ahora bien, el Art. 71 del Decreto 222 / 83 señala que 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 del 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, era 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 encontrara frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222 / 83, pero no es uno que no esté incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo pueda ser decretado por los jueces.

## **CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION / IGUALDAD DE LAS PARTES / MULTAS - Imposición / JUEZ DEL CONTRATO - Facultades**

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 justifique 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 aun en el caso de 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. En los contratos de derecho privado de la administración, esta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub - júdice*,

imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los arts. 71 a 73 del Decreto 222 / 83. Y se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía de la ley contractual.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención de las providencias en las cuales se sienta el mismo criterio.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

**Radicación número: 9288**

**Actor: SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL OMEGA LTDA**

**Demandado: INCOMEX**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 11 de noviembre de 1993, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. - Declárase no probada la excepción que por ineptitud de la demanda, propuso el INCOMEX.

"SEGUNDO. - Declárase oficiosamente, la nulidad absoluta de la cláusula Quinta del Contrato de Exportación, celebrado entre el INCOMEX y la "Sociedad Comercializadora Omega Limitada", en cuanto prevé la facultad exorbitante de imposición de multas por parte del INCOMEX.

"TERCERO. - Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones demandadas:

"A. En **el proceso 4.401**, los números 0763 de marzo 3 de 1987 y 4188 de 26 de noviembre de 1987.

"B. En **el proceso 4.659**, los números 3.567 y 3.568 ambas de 20 de octubre de 1987, y las confirmatorias, resoluciones números 721 y 722, ambas del 29 de febrero de 1988.

"C. En **el proceso 5.944**, las resoluciones 02682 y 02684, de 13 de junio de 1989 - modificadas por la 3.007 de 20 de junio de 1989 - y la confirmatorio de aquellas, resolución número 4.736 de 6 de septiembre de 1989.

"CUARTO. - A título de restablecimiento de derecho, se dispone:

"A. Que en el evento, que no se hubiere hecho la cancelación de las multas, no habrá lugar a pago.

"B. Que en el evento, que se hubieren cancelado las sanciones impuestas con los actos administrativos anulados, su valor habrá de devolverse. (Artículo 177 del C.C.A., último inciso).

"QUINTO. - Sin condena en costas pues no se causaron".

## I. ANTECEDENTES PROCESALES

### 1o. Lo que se demanda

En la sentencia que ahora se revisa en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se decidieron tres procesos trabados entre las mismas partes, cuya acumulación fue ordenada por el *a - quo* el 26 de noviembre de 1992, las demandas con las cuales se iniciaron esos procesos fueron formuladas por la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Limitada, a través de una misma apoderada judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Art. 85 del C.C.A. El *petitum* de cada una de esas demandas, dice en síntesis:

**Proceso Radicado al No. 88 - D - 4569**, cuya demanda fue presentada el 30 de junio de 1988; se formularon como principales:

1o) Que se declare nula la Resolución No. 3567 del 20 de octubre de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la Sociedad actora, una multa por valor de 303.788.44 U. S. por presunto incumplimiento para el período de 1985, del contrato de exportación No. 1001 CXEA de 1984; y la Resolución No. 721 que confirmó la anterior y dispuso que la multa debía cancelarse a la tasa de cambio vigente el día del pago.

2o) Que se declare nula la resolución No. 3568 del 20 de octubre de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la Sociedad actora una multa por valor de 565.996.82 U.S., por presunto incumplimiento parcial, para el período 1986, del mismo contrato; y la resolución No. 722 del 29 de febrero de 1988 que confirmó la anterior, y ordenó el pago de la multa a la tasa de cambio vigente el día del pago.

3o) Que como consecuencia de esa nulidad, se declare que la actora no estar obligada a pagar al INCOMEX suma alguna por concepto de esas multas.

### **Pretensiones Subsidiarias:**

Fueron presentadas varias posibilidades para el evento de no prosperar la anterior, así:

Sino prospera la declaratoria de nulidad, entonces que se reliquiden las sanciones, así: Para 1985 con base en la tasa de cambio promedio de ese año, según certificación del Banco de la República y para 1986 con base en la tasa de cambio promedio de ese año, según certificación de esa misma entidad. Ante el evento de que no prospere tampoco esa solicitud, entonces que se reliquide la

multa para el año de 1985 a la tasa de cambio vigente a 31 de diciembre de ese año; y la de 1986 a la tasa de cambio vigente a 31 de diciembre de 1986.

Si tampoco prospere la petición anterior, que se reliquide la multa con el mismo criterio que observó el INCOMEX para imponer la multa por la vigencia de 1984, según resolución No. 0736.

#### **Proceso Radicado al No. 88 - D - 4401:**

Cuya demanda fue presentada el 25 de marzo de 1988. Allí fueron formuladas como principales las siguientes pretensiones:

1o) Que es nula la Resolución No. 736 del 3 de marzo de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la sociedad demandante, una multa por 261.301.88 U. S., por presunto incumplimiento parcial para el período 1984, del mismo contrato de exportación; así como la resolución No. 4188 del 26 de noviembre de 1987, mediante la cual se confirmó la anterior y se reiteró que la multa debía cancelarse a la tasa de cambio vigente el día del pago.

2o) Que como consecuencia de esa nulidad se declare que la sociedad demandante no está obligada a cancelar suma alguna a título de multa.

#### **Subsidiarias:**

En primer término planteó la reliquidación de la multa ala tasa de cambio promedio año de 1984, según certificación del Banco de la República y que además se aplique porcentaje del 2% y / o el sistema utilizado para calcular la base de la sanción, en la resolución 3567 de 1987, correspondiente al período de 1985.

Como segunda posibilidad, para el caso de que no se admitieran las anteriores, propuso la reliquidación de la multa a la tasa de cambio vigente a diciembre de 1984 según certificado del Banco de la República, con aplicación del porcentaje del 2% para su cálculo.

Por último, pidió que de no acogerse ninguna de las anteriores posibilidades, se reliquidara la multa observando el sistema utilizado por el INCOMEX para calcular la multa correspondiente a 1985.

#### **Proceso Radicado al No. 90 - D - 5944:**

Cuya demanda fue presentada el 18 de diciembre de 1989, allí se plantearon las siguientes pretensiones:

#### **Principales:**

1o) Que es nula la resolución No. 02689 del 13 de junio de 1989, modificada por la No. 03006 del 20 del mismo mes, mediante las cuales se impuso a la demandante multa por presunto incumplimiento parcial de los compromisos de exportación para el período 1987.

2o) Que es nula la resolución No. 02684 del 13 de junio de 1989 modificada por la No. 03007 del 20 del mismo mes, mediante los cuales se impuso a la

demandante multa por presunto incumplimiento parcial de los compromisos de exportación para el período de 1988.

3o) Que es nula la resolución No. 04736 del 6 de septiembre de 1989 mediante la cual se confirmaron las anteriores.

4o) Que como consecuencia de la nulidad se declare que la actora no está obligada a cancelar al INCOMEX, suma alguna a título de multa, por el presunto incumplimiento.

### **Subsidiarias:**

En primer término pidió la reliquidación de las multas a la tasa de cambio oficial correspondiente al 31 de diciembre de 1987 y al 21 de diciembre de 1988, respectivamente.

## **2o. Los hechos**

En los extensos escritos de demanda se expusieron unos hechos que son comunes a todos los procesos, los cuales dicen en síntesis:

1o) La Sociedad Comercializadora Internacional Omega Limitada, fue constituida para dar cumplimiento a la cláusula 5a del contrato de ensamble suscrito el 29 de diciembre de 1983, entre la Nación y la Compañía Colombiana Automotriz, - C.C.A. -

2o) El 14 de mayo de 1984, la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda., y el INCOMEX, celebraron el contrato No. 1001 CXEA, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1989, en el cual se fijaron las cuotas de explotación que indefectiblemente debía cumplir la Sociedad Omega, por voluntad del INCOMEX.

3o) El INCOMEX consideró que el compromiso de exportación fue incumplido en los años de 1984, 1985, 1986, 1987 y 1988, razón por la cual, a través de los actos administrativos enjuiciados, impuso multas, así:

Para 1984, U.S. \$ 261.301.88

Para 1985, U.S. \$ 303.788.44

Para 1986, U.S. \$ 565.996.82

Para 1987, U.S. \$ 618.221.02

Para 1988, U.S. \$ 1.160.172.52.

Ordenó además que las multas se liquidaran a la tasa de cambio vigente el día en que se efectúe el pago.

Contra esas resoluciones la parte actora interpuso recursos de reposición, los cuales se decidieron confirmándolas.

4o) Antes de la firma del contrato, la Sociedad actora se dirigió a diferentes organismos estatales para pedir la racionalización de las cuotas de exportación

que se le imponían. No obstante lo anterior, se incorporaron en los compromisos unos niveles de exportación que en la práctica eran y siguen siendo imposibles de cumplir.

5o) En el contrato se incorporaron unas cláusulas que no presentan claridad en la interpretación, lo cual ha suscitado posiciones encontradas entre las partes, especialmente en relación con los siguientes puntos:

a) No. 1 de la cláusula primera, la cual estableció que el valor total de las importaciones de material C.K.D. que realizara la Compañía Colombiana Automotriz S.A., cada año, sería compensado con exportaciones de acuerdo con los siguientes porcentajes:

1984	40%
1985	55%
1986	70%
1987 - 1989	100%

La misma cláusula discriminó ese porcentaje para determinar cupos que debían cumplirse en varias clases de exportaciones, lo que la demandante entendió como las exportaciones al país de origen de las importaciones; exportación de autopartes a cualquier país y lo restante, por sustracción, para ser exportado a cualquier país y sobre cualquier elemento.

b) El material probatorio respecto de las importaciones realizadas por C.C.A., sería la copia de los Manifiestos de Aduana correspondientes, cuando el concepto utilizado por el INCOMEX ha sido el de importaciones ingresadas a territorios aduaneros, lo cual cambia necesariamente la cifra base del cálculo de compensación.

6o) Con base en el Decreto 222 / 83, en el contrato se incorporaron las facultades de: terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato, por consiguiente, ante las dificultades en la interpretación, que entorpecieron la ejecución del contrato el INCOMEX debió interpretarlo unilateralmente, y si así no lo hizo, no puede alegar incumplimiento de la parte actora.

7o) La demandante no pudo cumplir con la cuota de exportación por cuanto durante el período de vigencia del contrato no se dieron las predicciones de la oferta exportable, y además, la demandante tenía limitaciones en relación con los productos que podía exportar, de los cuales estaban excluidos: café, fuel oil, petróleo crudo, flores, banano, carbón, es decir todos aquellos que son exportables.

### **3o. El concepto de Violación**

La parte actora pretende la nulidad de los actos enjuiciados, por las siguientes razones:

1o) DESCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA C.N. ART. 26.

DECRETO 222 / 83, ART. 71.

C. PENAL - ART. 75.

Explicó que conforme al Art. 71 del Decreto 222 / 83 la existencia de un perjuicio para la entidad es un elemento determinante para poder imponer una multa y en este caso el INCOMEX no demostró la existencia de ese perjuicio. Destacó que el INCOMEX no sufrió ningún perjuicio sino que al contrario, las importaciones realizadas por la C.C.A., generaron beneficios al país representados en los pagos fiscales y parafiscales y en la generación de empleo, entre otros.

#### 2o) TEORIA DE LA IMPREVISION Y DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL. -

C.N. ART. 16

C. COMERCIO. ART. 868.

Porque las cuotas de exportación impuestas por el INCOMEX fueron tan gravosas que configuraron un desequilibrio contractual, admitido por el Ministerio de Desarrollo Económico. Pidió la aplicación de la teoría de la imprevisión, dado que la Sociedad, Omega no sabía de las variaciones que iban a sufrir las exportaciones.

#### 3o) CIRCUNSTANCIAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD. FUERZA MAYOR. LEY 95 DE 1890, ART. 1o.

Invocó la fuerza mayor como lo causante del posible incumplimiento en que según el INCOMEX incurrió la demandante, porque no puede obligarse a un particular a cumplir lo que el Estado mismo no logró alcanzar, dado las cuotas de exportación que se le impusieron no consultaban el mercado internacional, ni en el aspecto de la demanda y menos aún en el de la oferta exportable del país.

#### 4o) PROHIBICION DE APLICAR LA PENA DE CONFISCACION.

C.N. ART. 34.

Según criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, la cuantía de la multa debe ser proporcional al patrimonio de la sociedad sancionadas a su actual situación económica, sin que las sanciones impuestas por el Estado puedan incrementar los pasivos de la empresa porque tal situación conlleva una flagrante confiscación de sus activos; que es precisamente lo que sucedió en este caso.

#### 5o) DECRETO 444 / 67

LEY 57 DE 1887, ART. 5o.

El pacto de que el pago de las multas se hará en pesos colombianos al tipo de cambio oficial vigente al momento de hacerse efectivo el pago, viola el Estatuto Cambiario en el Art. 249.

#### 6o) APLICACION DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

LEY 153 DE 1887, ART. 44.

Que las multas impuestas para los años de 1985 y 1986 se liquiden con la misma base que aquella impuesta en 1984, donde el pretendido incumplimiento

se calculó sobre el segmento denominado: cualquier país, cualquier producto, lo cual resulta más favorable a los intereses de Omega Ltda.

#### 7o) PROHIBICION DE CREAR TRIBUTOS SIN MEDIAR LEY.

C.N. ART. 43.

El texto del contrato no genera obligaciones interpuestas, sino que más bien es el establecimiento de un gravamen fiscal, es decir, INCOMEX lo que pretendió fue crear una nueva carga impositiva, circunstancia que eventualmente podría indicarse como la creación de un nuevo impuesto, facultad que se encuentra restringida exclusivamente al Congreso de la República.

#### 8o) PRESCRIPCION

LEY 2a. de 1984, ART. 9o.

La norma mencionada acepta que la prescripción para las contravenciones opera al cumplirse un año después de ocurridos los correspondientes hechos y en el *sub - júdice* las multas se impusieron después de que había corrido ese término.

#### 9o) SUSPENSION PROVISIONAL DEL DECRETO 886 DE 1984.

Decretada por el Consejo de Estado en auto del 9 de septiembre de 1988.

### **4o. Actuación Procesal**

Las demandas fueron admitidas, notificadas y contestadas así:

En el proceso No. 88 - D - 4569, se admitió en auto del 22 de septiembre de 1988, el cual se notificó a la demandada el 26 de octubre de 1988. No se dio respuesta.

En el proceso No. 88 - D - 4401, se admitió en auto del 26 de noviembre de 1988, el cual se notificó a la demandada el 25 de abril de 1989. Se dio respuesta por medio del escrito que obra a folios 184 y s.s., del cuaderno principal de ese expediente.

En el proceso No. 90 - D - 5944, se admitió en auto del 14 de febrero de 1991 y esa decisión fue notificada a la entidad demandada el 2 de mayo de 1991. Se guardó silencio.

En el proceso No. 88 - D - 4401, que fue en el único que se respondió la demanda por medio del escrito que reposa a folio 184 y s.s. del cuaderno principal de ese expediente, la demandada admitió la existencia de los contratos de fabricación y ensamble y de exportación, así como de la resolución No. 0736 de 1987, mediante la cual se impuso una multa a la sociedad actora, por incumplimiento de la cuota de exportación en el año de 1984. Para defender la legalidad de ese acto administrativo explicó que los compromisos adquiridos por la Sociedad Omega Ltda. no reflejaban más que la voluntad de la Compañía Colombiana Automotriz, poseedora del 91 % de su capital social, y quien además se había visto obligada a crear esa sociedad para cumplir con la cuota de exportación que le correspondía a cambio de las importaciones de C.K.D.

(conjunto de componentes, partes y piezas y otros elementos desarmados e importados, con destino al ensamble de un producto determinado y que constituyen parte integrante del mismo), que realizaba, para ensamblar vehículos MAZDA.

Como razones de la defensa expuso: La imposición de esas multas se hizo dentro del marco de las previsiones del contrato y muy por debajo de los límites establecidos en él, conforme se observa en la cláusula 5a. del convenio en la cual se previó que la multa podía ser hasta del 30% del valor dejado de exportar por el primer año, 15% por los incumplimientos del 2o. año.

La liquidación de las multas se hizo sobre las importaciones efectivamente realizadas, procedimiento que fue compartido por el contratista.

No se juzgó necesario acudir al procedimiento de la interpretación unilateral.

No es cierto que el Art. 71 del Decreto 222 / 83 exija la demostración de un perjuicio para que pueda procederse a imponer una multa, la noción del perjuicio en esa norma sólo está referida al límite del valor de la multa.

No existió la fuerza mayor pretendida por la demandante, puesto que no se dio la imprevisión que para la configuración de esta figura exige la norma, puesto que el contrato fue firmado en 1984, después de haber negociado desde 1983, las condiciones del mismo. Resulta evidente que Omega no hizo el más mínimo esfuerzo por cumplir el compromiso adquirido.

A título de excepciones propuso dos:

- Inepta demanda; porque según esta, se están ejerciendo simultáneamente las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual.

- General de Fondo; por cuanto las pretensiones de la demanda carecen de fundamento legal.

En auto del 26 de noviembre de 1992 visible a folio 231 del cuaderno principal del expediente No. 88 - D - 4569, el a - quo ordenó la acumulación de los tres procesos. Precluido el debate probatorio, corrió traslado para alegar. Las partes arrimaron los escritos que reposan a folios 260 y s.s. ibídem y el Ministerio Público guardó silencio.

El establecimiento público demandado en su escrito de alegaciones finales recapituló las explicaciones que presentó al responder la demanda, en relación con el hecho de que el origen del contrato de exportación era dar cumplimiento a un compromiso adquirido por la socia mayoritaria de Omega Ltda., la Compañía Colombiana Automotriz, en el contrato de ensamble.

Nuevamente explicó las condiciones de ambos contratos.

Luego señaló que la demandante incumplió el contrato según lo constató el INCOMEX al revisar el cumplimiento de las obligaciones y encontrar que "Colmotores" (No se entiende porque se hace referencia a esa sociedad), realizó importaciones de C.K.D. por valor de 69.857.700 U.S. ese año y las exportaciones alcanzaron apenas la suma de 25.148.772 U.S., con un déficit de 45.796.084 U.S., razón por la cual se impuso la multa.

Reiteró la defensa a la legalidad del contrato de exportación y aclaró que la facultad de imponer multas, contenida en la cláusula quinta de ese convenio, no tenía como fundamento legal el Decreto 886 de 1984, sino los artículos 71 y 73 del Decreto 222 / 83, aplicable al contrato.

Por último, después de algunas discusiones sobre los contratos que celebra la administración, concluyó que aquel que vinculó a las partes era de naturaleza especial en el cual en ejercicio de la libertad contractual se podía pactar en las condiciones que lo hicieron las partes, la posibilidad de sancionar el incumplimiento de una de las partes mediante la imposición unilateral de una multa.

La parte actora en su alegato de bien probado, se refirió en primer término a las sentencias proferidas por ese mismo Tribunal, el 30 de junio, 19 de noviembre y 8 de octubre, todas de 1992, en demandas promovidas por la C.I. Colmotores, en las cuales se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados sobre la base de que el INCOMEX no cuenta con facultad para imponer multas con fundamento en contratos de exportación.

Destacó igualmente que la Sección Primera de esta Corporación, había declarado la nulidad del Art. 2o. del Decreto 886 / 84, norma que disponía que los contratos de exportación se liquiden por el Decreto 222 / 83 y posibilitaba la inclusión de cláusulas exorbitantes en dichos contratos.

Luego se refirió a los vicios de fondo de las resoluciones demandadas, en los mismos términos que lo hizo en la demanda.

### **5o. La Sentencia Apelada**

El Tribunal estableció que el contrato de exportación no es administrativo sino de derecho privado y por consiguiente no podía incluirse en su texto la facultad exorbitante de imponer multas, conforme lo hizo la entidad estatal, razón que llevó a esa Corporación a declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de la cláusula quinta del contrato que la consagraba y consecuentemente de todos los actos enjuiciados los cuales tenían su origen en esa cláusula. Para fundamentar su decisión se remitió a sentencia proferida por ese mismo Tribunal en asunto similar.

### **6o. El Recurso de Apelación**

La parte demandada apeló esa decisión. Para sustentar su inconformidad repitió íntegramente el escrito de alegaciones finales.

### **7o. La Actuación en esta instancia**

El término que el *ad - quem* concedió para alegar sólo fue aprovechado por la parte actora, quien se dedicó a defenderla sentencia de primera instancia.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La sentencia apelada habrá de revocarse el numeral 2o. y se confirmará el resto, por cuanto la Sala comparte los planteamientos del *a - quo* en relación con

la nulidad decretada frente a los actos enjuiciados, pero no se respalda la nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato, la cual el Tribunal declaró oficiosamente. En el estudio del asunto se seguirá este derrotero: 1o) Las resoluciones demandadas; 2o) La naturaleza del contrato de exportación y la competencia para conocer del proceso; 3o) La facultad de imponer multas. 4o) La nulidad solicitada.

### **1o) Las Resoluciones Demandadas**

Los actos enjuiciados son unas resoluciones proferidas por el INCOMEX, establecimiento público creado por el Decreto 2976 de 1968, reestructurado por el Decreto 1751 del 2 de agosto de 1990 y adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, mediante las cuales y conforme lo facultaba la cláusula 5a. del contrato de exportación celebrado con la Sociedad Comercializadora Omega Ltda., impuso a esta última, unas multas. Esos actos administrativos son los siguientes:

- Resolución No. 736 del 3 de septiembre de 1987, mediante la cual se sanciona el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1984, con la suma de 236.301.88 U.S.

- Resolución No. 41.88 del 26 de noviembre de 1987, mediante la cual se confirma la anterior al desatar el recurso de reposición interpuesto en su contra por la Sociedad C.I. Omega Ltda.

- Resolución No. 3567 del 20 de octubre de 1987, mediante la cual se sancionó el incumplimiento en la cuota de exportación correspondiente al año de 1985, en la suma de 303.788.44 U.S.

- Resolución No. 721, por medio de la cual se confirmó la anterior.

- Resolución No. 3569 del 20 de octubre de 1987, mediante la cual se sanciona el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1986, con la suma de 565.996.82.

- Resolución No. 722 del 29 de febrero de 1988, por medio de la cual se confirmó la anterior.

- Resolución No. 02682 del 13 de junio de 1989, modificada por la número 03006 del 20 del mismo mes, mediante la cual se sanciona el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1987, con la suma de 618.221.02 U.S.

- Resolución No. 4736 del 6 de septiembre de 1989, por medio de la cual se confirma la anterior.

- Resolución No. 02684 del 13 de junio de 1989 modificada por la número 03007 del 20 del mismo mes, mediante la cual se sancionó el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1988, con la suma de 1.160.172.52 U.S.; y

- Resolución No. 4736 del 6 de septiembre de 1989, por medio de la cual se confirma la anterior.

En la parte considerativa de esas resoluciones se menciona expresamente que la Administración ante el incumplimiento contractual por parte de C.I. Omega Limitada, de las condiciones estipuladas en el contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., se procede a imponer las multas.

## **2o. La Naturaleza del Contrato de Exportación y la Competencia**

A folios 27 y s.s. del cuaderno No. 12 reposa en copia debidamente autenticada, el contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., celebrado de conformidad con el decreto 886 / 84, entre el INCOMEX y la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda., el 14 de mayo de 1984. Las partes contratantes, en primer lugar establecieron que la celebración de este convenio se hacía para dar cumplimiento a la cláusula quinta del contrato de ensamble celebrado entre la Nación Colombiana y la Compañía Colombiana Automotriz S.A., con fecha 9 de diciembre de 1983, en la cual la contratista adquirió la obligación de asumir un compromiso de exportación.

El objeto del contrato fue señalado así:

"PRIMERA. - EL CONTRATISTA se obliga a efectuar, en forma directa e indirecta, en las condiciones previstas en el párrafo primero de la presente cláusula exportaciones destinadas a compensar importaciones reembolsables de material C.K.D. que efectúe la COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ, S.A., C.C.A., de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Ensamble celebrado con la Nación, en las siguientes condiciones: 1) El valor total de las importaciones de material C.K.D., que realice la COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ, S.A., C.C.A., en cada año, será compensado con exportaciones de acuerdo con los siguientes porcentajes mínimos:"

El contrato de exportación celebrado entre las partes en vigencia del Decreto 222 / 83 no está incluido en la relación que de los contratos administrativos hizo el Art. 16 de ese ordenamiento, en consecuencia, es un contrato de derecho privado justiciable en sede de lo Contencioso Administrativo, por haberse pactado en él la cláusula de caducidad, para con aplicación del derecho sustancial de índole privado, como es el Código de Comercio y el Código Civil. Esta orientación la ha reiterado la Sala, entre otros en proveídos del 8 de septiembre de 1987, Proceso No. 4955, Actor: Centro de Cómputo de Nariño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 25 de julio de 1991, Proceso No. 6471, Actor: Sociedad Proviseguros Ltda., Asesores de Seguros, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Mediante el Art. 2o. del Decreto 886 / 84, el ejecutivo después de vencido el término que tenía para el efecto, trató de otorgar en este contrato las prerrogativas de que goza la administración en los contratos administrativos, esa disposición fue anulada por la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 22 de septiembre de 1989, en la cual se explicó así las razones que motivaron la nulidad: "b) Mas no sucede lo mismo entratándose del mandato del artículo 2o. *ibídem* en cuanto se inmiscuye en campo que no lo autoriza el referido artículo 132 Constitucional, porque no se trata de distribuir negocios por el señor Presidente de la República." Cabe precisar que la nulidad del Decreto 886 / 84 obedeció a la falta de competencia temporal del Presidente de la República y por tanto no entró a conocer la materia que allí se trataba.

"En efecto, lo que en su oportunidad no hizo el Decreto 222 de 1983 dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de la

Ley 19 de 1982 "por la cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas..." y en los cuales no aparece clasificado como administrativo el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el Decreto 886 en el texto examinado al introducirle a aquel la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la administración.

"Surge así a primera vista, ostensiblemente, según las prescripciones del artículo 152 del C.C.A., en punto a suspensión provisional, el quebranto del artículo 132 de la Carta y del Decreto 222 de 1983 en armonía con la ley 19 de 1982, que se vería indebidamente adicionado en la forma vista y por ello habrá de decretarse la medida precautoria respecto del artículo 2o. del Decreto 886 de 1984".

"2. - A lo anterior valga agregar lo siguiente que responde a alegaciones del Ministerio de Desarrollo:

"a) El auto de suspensión provisional se contrajo al artículo 2o. del Decreto 886 y no el artículo 1o. ibídem. Luego cuando se afirmó que los contratos de compromiso de exportación estaban dentro del campo de actividades del Incomex lo fue respecto de dicho artículo 1o. que lo autoriza para suscribir, vigilar y controlar dichos contratos y todo ello dentro de la finalidad de distribución de trabajo del artículo 132 de la Constitución Nacional.

"b) La facultad del artículo 10 literal d) de la Ley 19 de 1982 se agotó con la expedición que precisamente hizo el Presidente de la República del Decreto Ley 222 de 1983 que contiene el estatuto contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas, para lo cual se le concedió plazo de un (1) año (Art. 10 inciso 1o. de la Ley 10). No es concebible entonces que el Gobierno Nacional pretextando el uso de su potestad reglamentaria constitucional continúe desarrollando la mencionada ley. Fuera de que la alegada facultad no figura como fuente legal del Decreto 886.

"c) Por último debe advertirse que en ninguna parte del Decreto 886 se lee: contrato de suministro, sino "contrato de compromiso de exportación" (parte motiva) y "contratos de exportación" (parte resolutive, Art. 2o.), luego no es posible aceptar la alegre interpretación de la parte impugnadora de equiparar aquellos a "contratos de suministro"."

### **3o. La Facultad de Imponer Multas**

En la cláusula quinta se incluyó en favor del INCOMEX la posibilidad de sancionar con multas a la contratista, en el evento de presentarse incumplimiento en las cuotas de exportación. Se redactó así esa cláusula:

"QUINTA. - En caso de incumplimiento parcial del compromiso de exportación pactado en la cláusula primera del presente contrato, el INCOMEX podrá imponer multas al CONTRATISTA hasta por una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor dejado de exportar para los incumplimientos del primer año, quince por ciento (15%) para los incumplimientos del segundo año, doce por ciento (12%) para los del tercer año y seis por ciento (6%) para los incumplimientos de los años siguientes. Estos porcentajes serán revisados con el fin de hacerlos equivalentes a los que se establezcan para incumplimiento de los compromisos de exportación de las otras ensambladoras del sector automotor. El

pago de las multas se hará en pesos colombianos, para lo cual se aplicará el tipo de cambio oficial vigente en el momento de hacerse efectivo dicho pago.

PARAGRAFO. - La imposición y aplicación de la multa se someterán a las normas previstas en los artículos 71 y 73 del Decreto 222 de 1983".

En relación con la facultad que se consagró en favor del INCOMEX de imponer multas, se dispuso que esta se aplicaría conforme a los artículos 71 y 73 del Decreto 222 / 83, estatuto de contratación administrativa vigente al momento de celebrarse el contrato. Esta normatividad sólo es aplicable, por disposición de su Art. 1o., a las entidades estatales, en relación con los contratos previstos en el Art. 16 *ibídem*, en cuya enumeración no está incluido el de exportación, por consiguiente, este no se regula por el Decreto 222 / 83 sino por las normas comerciales sobre la materia, según dispone expresamente la misma norma.

Ahora bien, el Art. 71 del Decreto 222 / 83 señala que 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.

#### **4o. La Nulidad Solicitada**

Visto como está que en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular sí es posible el pacto de multas, aunque con la precisión de que estas deben ser controladas y corregidas por el Juez del contrato, no le asiste razón al *a - quo* al esforzarse por declarar nula, de nulidad absoluta, la cláusula quinta del contrato, so pretexto de que esta es una facultad exclusiva y propia del contrato administrativo y no del contrato de derecho privado. Por esta razón habrá de revocarse la sentencia en este punto. En cambio se confirmará en relación con la nulidad de las resoluciones demandadas, por cuanto la administración carecía de competencia para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponer las multas.

En materia de facultades excepcionales de la administración, estas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en esta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables.

Vale la pena resaltar que el artículo 17 del Decreto 222 / 83 permite incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración; y, que el Art. 60 del mismo estatuto, a la letra dice:

Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto...”

Ahora bien, este título IV, artículos 18 y 24 del Decreto 222 / 83, hace referencia a los poderes excepcionales de determinación, modificación e interpretación unilaterales, en beneficio de la administración. Por parte alguna se menciona allá, o en estas disposiciones, la facultad de que la administración por sí y ante sí, pueda imponer multas a su contratista. Esto implica que sea el Juez del contrato quien durante la actividad jurisdiccional correspondiente determine la viabilidad de las multas, la modalidad, intensidad y la cuantificación de las mismas.

Dicho de otra manera, en los contratos de derecho privado de la administración, esta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub - júdece*, imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los artículos 71 a 73 del Decreto 222 / 83. Ya se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía contractual.

La Sala no entrará a analizar la cláusula quinta del contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., en cuanto respecta a su legalidad y proporcionalidad, dado que al prosperar la totalidad de las pretensiones principales, no debe ocuparse de las subsidiarias que son las que tocan en este tema. Se limitará pues a confirmar la sentencia del *a - quo* en lo restante, aunque por las razones expuestas en este proveído y con la aclaración de que de haberse pagado el valor de las multas, si el pago se hizo en dólares, la devolución deberá hacerse en dólares; y, si se hizo en pesos, la suma efectivamente pagada se actualizará con el IPC., desde la fecha en que se realizó el pago hasta el momento en que se haga la devolución. Además, sobre el valor histórico se reconocerá un interés del 6% anual, durante el mismo período que corresponde a la actualización.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMANSE** los numerales 1o. y 3o. de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 11 de noviembre de 1993.

**SEGUNDO: REVOCASE** el numeral 2o. de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

**TERCERO: MODIFICASE** el numeral 4o., el cual quedará así: En caso de haberse pagado por la Sociedad (I.OMEGA Ltda.), las multas que allí se le impusieron, se le devolverán esas sumas en la forma explicada en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUÉLVASE y publíquese en los Anales de la Corporación.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

**DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ**  
PRESIDENTE

**JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ**

**CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

**JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA**

**WILLIAM SALAZAR LUJÁN**  
CONJUEZ

**LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ**

**SECRETARIA**

**SALVAMENTO DE VOTO  
DRS. CARLOS BETANCUR JARAMILLO JUAN DE DIOS MONTE  
HERNANDEZ**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

**Radicación número: 9288**

**Actor: SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL OMEGA LTDA**

**Demandado: INCOMEX**

Los suscritos, CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la reunión de 21 del presente mes.

Primero. - La razón fundamental de nuestra discrepancia estriba en que consideramos que el contrato de ensamblaje de 29 de diciembre de 1983, celebrado entre el señor Presidente Belisario Betancur y la Cía. Colombiana Automotriz S.A., es un típico contrato administrativo, gobernado por una normatividad especial (Decretos 177 de 1956, 434 de 1976 y 3218 de 1983 y Ley 38 de 1981); al cual, en principio, pese a la fecha de su celebración, no podía aplicársela en su integridad el Decreto 222 de 1983 y menos la clasificación que de los contratos administrativos hace en su Art. 16, porque ese listado, según lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

Cabe recordar que el mencionado contrato no hizo otra cosa que sustituir el suscrito inicialmente por las mismas partes el 17 de abril de 1980; fecha en la que, como es obvio, el aludido decreto aún no se había expedido y regía el Decreto 150 de 1976, el cual en su Art. 67, luego de enunciar las distintas clases de contratos (enunciado que no habla de contratos como el aquí cuestionado), dispone:

**"Las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos".**

Segundo. - El contrato de exportación celebrado con la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda. y que dio lugar a la imposición de las multas, pese a que podría pensarse que sigue la suerte del principal o matriz y que sería así también un contrato administrativo, no es más que un contrato privado de la administración dotado de cláusula de caducidad. Naturaleza que se desprende de su objeto (cumplir unas cuotas específicas de exportación para otra persona jurídica, la Cía. Colombiana Automotriz S.A., obligada en virtud del primer contrato) y que aún permitiría afirmar que el contrato con la Comercializadora es un contrato de mandato comercial en los términos de los arts. 1262 y s.s. del C. de Co.

Aunque los suscritos pensamos que en el contrato Incomex - Omega Ltda. no tenía porque intervenir aquel, la voluntad de las partes iniciales (la Compañía Colombiana Automotriz y la Nación) plasmada en el contrato de ensamble, le dio entrada a ese organismo precisamente por tratarse de una materia directamente comprometida con el comercio exterior del país y para el debido control de las obligaciones de exportación contraídas por la ensambladora.

Tercero. - Definido que el contrato celebrado entre el Incomex y la Comercializadora Omega es de derecho privado con cláusula de caducidad, cabe concluir que la administración tenía a la sazón ciertos poderes exorbitantes, pero sólo los de declararlo caducado por incumplimiento y los comprendidos en el título IV del Decreto 222 de 1983 (arts. 18 y s.s.). Esta restricción en la exorbitancia se infiere del mandato contenido en el Art. 60 del aludido decreto.

De allí que so pretexto de esos poderes no se podía imponer unilateralmente multas a la persona incumplida, porque esta facultad, que podía ejercerse sin discusiones en los contratos administrativos con apoyo en los arts. 72 y 73 del antecitado decreto, no operaba en los privados así tuvieran estos cláusula de caducidad.

Cuarto. - Leídos los dos contratos (el de ensamble y el de exportación) cabe afirmar que la persona primeramente obligada no era la Comercializadora Omega, sino la Cía. Colombiana Automotriz; y que esta debió ser la sancionada por incumplimiento en los actos administrativos aquí cuestionados. Creemos que en la hipótesis podía hablarse incluso de que tanto la ensambladora como Omega quedaron solidariamente obligadas al cumplimiento de las obligaciones de exportación.

Quinto. - La relación de causa a efecto existente entre los contratos de ensamble y de exportación, imponía que la cláusula de multas contemplada en este fuera similar o idéntica a la de aquel, lo que no sucede en el caso *sub - júdice*, y que permite aún pensar en la nulidad de dicha cláusula por infringir la cláusula contractual original.

Sexto. - Estimamos, además, que la cláusula de multas que figura en el contrato de exportación está afectada de nulidad absoluta (en su parágrafo) al disponer que la imposición y aplicación de las multas se someterán a lo previsto en los arts. 71 y 73 del Decreto 222, porque esto contraría el Art. 60 *ibídem* en relación con los contratos privados dotados de cláusula de caducidad; norma que precisa la exorbitancia de este tipo de contrato y que la reduce a la declaratoria de caducidad y al ejercicio de los poderes señalados en el título IV del Decreto 222 (arts. 18 y s.s.).

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).