

CIRCULAR 279 DE 2010

(octubre 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.,

PARA: SECRETARÍA GENERAL, DIRECTORES DE AREA Y JEFES DE OFICINA DE LA DIRECCION GENERAL, DIRECTORES REGIONALES Y SUBDIRECTORES DE CENTRO.

Asunto: Imposición de multa a contratistas por presentar documentación o información inconsistente o que no corresponda a la realidad.

Complementando la Directriz Jurídica No. 2, radicada con el No. 2010-000254 del 29 de septiembre de 2010, respecto al debido proceso que se debe surtir por el incumplimiento o irregularidades en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social de los contratistas, resulta necesario ampliar el tema en cuanto a la viabilidad legal de imponer multas a los contratistas que han presentado información o documentación inconsistente o que no corresponde a la realidad, aunque se hayan puesto al día en el pago de los aportes:

Lo primero que debe indicarse sobre el tema, es que en todos los contratos que suscriben las entidades públicas, entre ellas el SENA, existen obligaciones recíprocas tanto para la Entidad como para el contratista; algunas de ellas están establecidas expresamente en el contrato y otras son impuestas por las normas constitucionales, legales o reglamentarias, que igualmente deben ser cumplidas por las partes (por el carácter impositivo de las normas), aunque no estén incorporadas expresamente en el cuerpo del contrato.

Por disposición de los artículos [15](#) y [17](#) de la Ley 100 de 1993 (modificados por los artículos [3](#) y [4](#) de la Ley 797 de 2003) y los artículos [157-1](#) y [160-3](#) de la misma Ley 100, así como del inciso 1 del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 y el artículo 3 del Decreto 2800 de 2003, los contratistas que prestan sus servicios al SENA están en la obligación de afiliarse y pagar oportunamente sus aportes al Sistema Integrado de Seguridad Social en pensión y salud, y si están afiliados a riesgos profesionales, a la correspondiente ARP.

Adicionalmente, el artículo [50](#) de la Ley 789 de 2002, le impone al contratista el deber de cumplir con sus obligaciones para con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar; esta norma señala además que “Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas. // En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento’

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010 le impone a la entidad contratante la obligación de verificar la afiliación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social,

señalando que: “La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la **verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social**, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. “

Las anteriores normas establecen de manera específica las obligaciones del contratante y del contratista frente al sistema de seguridad social integral, establecen mecanismos de control y otorgan facultades a las entidades contratantes para procurar que el contratista pague efectivamente los aportes al mencionado sistema cuando ha incumplido con esa obligación legal;

sin embargo, ninguna de ellas regula de manera específica el procedimiento a seguir contractualmente cuando la conducta del contratista va más allá del simple incumplimiento del pago de la cotización y conjuga otros hechos como la presentación de recibos de pago apócrifos o que no concuerdan con la realidad.

Ante el simple incumplimiento del contratista las normas establecen el pago con mora, la Imposición de las multas si no se ha puesto al día, o mecanismos de retención, pero lo cierto es que el hecho de que el contratista pague y se ponga al día en los aportes por cualquiera de esos mecanismos legales, no desaparece ni justifica la presentación de documentos apócrifos o que no concuerden con la realidad, en los casos en que fueron presentados por el contratista a la entidad para cualquier fin, entre ellos, obtener el pago de los honorarios.

Sobre este último aspecto, el artículo [83](#) de la Constitución Política señala: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado entre otras cosas lo siguiente, en la sentencia C-544 de 1994: “...La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe...”

La Corte Constitucional ha manifestado igualmente en sentencias como la C-892 de 2001, que dentro de los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales esta “... el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.”

Es claro entonces que el principio de la buena fe, es un principio básico del derecho y de toda relación jurídica, entre ellas la contractual, que exige a los particulares y a las autoridades el deber de actuar con lealtad en la ejecución del contrato, manteniendo coherencia en sus actuaciones, con un respeto por los compromisos a los que se han obligado recíprocamente; razón por la cual el desconocimiento unilateral de este principio en todas las actuaciones contractuales se traduce en el rompimiento del principio de esa confianza legítima.

La Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una

proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Así mismo, se trata de un deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, pero igualmente es un derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma; por lo anterior, aunque la obligación de respetar este principio en las actuaciones contractuales no se pacte expresamente en el contrato, se trata de un principio básico que obliga en toda relación jurídica.

La Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, preceptúa en su artículo [23](#):

"DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo." (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo [26](#) de la ley 80 de 1993 señala entre otras cosas lo siguiente:

"... DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: (...)

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado... '

En razón de lo anterior, en los casos que van más allá del simple incumplimiento de la obligación de pagar los aportes al sistema de seguridad social integral y presentan inconsistencias en la información presentada por el contratista para obtener el pago de los honorarios, el hecho de que el contratista se ponga al día en el pago de los aportes no lo libera del incumplimiento de la otra obligación constitucional y legal, de actuar de conformidad con los postulados de la buena fe y la confianza legítima; por ende, si una vez agotado el debido proceso que debe adelantarse para que el contratista ejerza su derecho de contradicción y defensa (señalado en la Directriz Jurídica No. 3-2010-000254 del 29 de septiembre de 2010), el contratista no justifica las inconsistencias en la información presentada, se genera un incumplimiento en virtud del cual puede ser multado, sin perjuicio de que se interponga la denuncia penal para que se investiguen y sancionen por esa otra vía los hechos que pueden ser constitutivos de delito.

En estos casos, la verdadera intención de la multa es conminar al contratista para que cumpla con el contrato dentro de los postulados constitucionales y legales de la buena fe, quebrantado por su actuación; al respecto los artículos [17](#) de la Ley 1150 de 2007 y 87 del Decreto 2474 de 2008 preceptúan:

Artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007: “Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. II En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas **con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado

que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato'.

Artículo 87 del Decreto 2474 de 2008: “PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS. De conformidad con el inciso 2o del artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, **con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.** (Negrilla nuestra).

Para que proceda la multa debe tenerse en cuenta que por exigencia del artículo [17](#) de la Ley 1150 de 2007, ésta debe estar pactada en el contrato y debe estar precedida del debido proceso que le garantice al contratista el derecho de contradicción y defensa; adicionalmente, debe ser aplicada durante la vigencia del contrato<sup>1</sup>, y su monto podrá ser hasta el máximo establecido en el contrato, dependiendo de la magnitud del incumplimiento generado por los hechos.

Cordialmente,

HERNANDO ALBERTO GUERRERO GUIO

Director Jurídico



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

