**LEY 80 DE 1993 - Disposiciones de orden público**

Las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 son verdaderas normas de orden público que constituyen el desarrollo legislativo del mandato constitucional previsto en el artículo 150 de la Constitución que estableció como una de las funciones a cargo del Congreso de la República dictar un estatuto para reglar la contratación de las entidades estatales.

**SANCIONES ECONÓMICAS - Imposición - Decreto 222 de 1983**

En el régimen contractual previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, en general regido por el Decreto 222 de 1983, era claro que la imposición de sanciones económicas declarables mediante acto administrativo motivado (…) esa facultad fue reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación, que la entendió como propia de las entidades estatales sin mayores limitaciones, salvo aquellas derivadas del propio artículo 71 del Decreto 222 de 1983, es decir, que el contrato no fuere de empréstito y que en verdad se tratara de un contrato gobernado por el estatuto contractual, siéndole vedada a la administración la inclusión de esa potestad en otro tipo de contratos.

**SANCIONES ECONÓMICAS - Ley 80 de 1993 - Multa por mora - Acto administrativo - Incumplimiento**

La situación fue sustancialmente diferente con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, dado que en su articulado nada se previó sobre la facultad que de manera expresa sí se había consagrado en el anterior régimen y más allá de algunas marginales referencias de carácter general a trámites y deberes de las entidades respecto de multas y sanciones, no se incluyó la posibilidad de pactar una multa por la mora en el cumplimiento del contenido obligacional de un contrato en lo que atañe al contratista, la cual fuera susceptible de ser impuesta mediante un acto administrativo.

**SANCIONES ECONÓMICAS - Acto administrativo - Autotuela - Pacto - Cambio de jurisprudencia - Declaración judicial de incumplimiento**

El silencio sobre este aspecto en el estatuto de contratación estatal fue interpretado de diferentes formas por la Sección, que en principio consideró ello no era óbice para el uso de la facultad por parte de la administración, ya que era consustancial a su potestad de autotutela y propia de su deber de hacer cumplir los fines estatales mediante la ejecución de la función contractual, siempre que en uso de la autonomía de la voluntad que enmarca a la Ley 80 de 1993, se hubiere pactado ese evento (…) Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista. Esta postura fue posteriormente recogida por la Sección, para en su lugar considerar que no era posible la imposición, mediante la expedición de un acto administrativo, de una multa por incumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que expresamente se hubiese pactado una cláusula en tal sentido, dado que en tal evento se hace necesaria una declaración judicial sobre el incumplimiento, puesto que las potestades sancionatorias deben provenir de la ley, lo cual, como se dijo ya, no ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993.

**SANCIONES ECONÓMICAS - Ley 1150 de 2007 - Imposición de multas - Unilateral**

La situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado.

**RETORPECTIVIDAD - Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007**

Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del parágrafo transitorio del artículo 17, mas esta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato.

**MULTAS - Imposición - Acto administrativo - Normativa**

No se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya.

**DEBIDO PROCESO - Principio - Derecho - Actuaciones administrativas**

El debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) es un principio jurídico y al mismo tiempo un derecho identificado como un conjunto de garantías cuya aplicación conlleva a la toma de decisiones justas en las que se tenga en consideración los argumentos de los afectados antes de la decisión. (…) La norma constitucional estableció la obligación de atender el debido proceso en todas las actuaciones administrativas como una garantía para los particulares, de lo cual se desprenden dos elementos fundamentales: por un lado la realización de una actuación previa a la toma de la decisión en la que se respeten las normas aplicables al caso y en el que se garantice la contradicción del ciudadano, y por otro, que la autoridad que adelante este proceso y tome la decisión sea la competente para el efecto.

**DEBIDO PROCESO - Código Contencioso Administrativo - Violación de debido proceso - Nulidad del acto administrativo**

Se desarrolla en el Código Contencioso Administrativo al señalar en su artículo 84 que las causas por las que se puede demandar la nulidad de un acto administrativo no son únicamente aquellas derivadas del desconocimiento del acto administrativo de las normas en las que debería fundarse, sino “cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.” Esto quiere decir que en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y en concordancia con la Constitución Política, la vulneración del debido proceso se erige como una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos.

**CADUCIDAD DEL CONTRATO - Declaración - Facultad extraordinaria - Garantía al contratista - Debido proceso**

La prerrogativa administrativa e declarar la caducidad del contrato fue prevista en la Ley 80 de 1993, particularmente en su artículo 14, como una facultad extraordinaria para evitar la paralización de la ejecución del contrato y como tal no se estableció allí un proceso concreto que debiera ser desarrollado de forma previa a su ejercicio. Sin embargo, sí resulta claro que esta medida no debe ser sorpresiva para el contratista y debe garantizarse su derecho de contradicción y defensa porque de cualquier manera se trata de un acto que debe respetar el procedimiento administrativo general consagrado en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de las decisiones de la administración.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00683-01(35957)A**

**Actor: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. Y OTRO**

**Demandado: LOTERÍA DE BOGOTÁ**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - (SENTENCIA)**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante Ponce de León, la Lotería de Bogotá y el Ministerio Público contra la sentencia del 21 de mayo del 2008, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones. La sentencia será modificada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedades demandantes, contratistas y aseguradora del contrato nº 066 de 2003, en síntesis, solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones mediante las que se impuso una multa, se declaró la caducidad del contrato, se liquidó unilateralmente dicho negocio y se confirmó dicha decisión. Además se pide el resarcimiento de los perjuicios derivados de tales actos.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

**Proceso 2005-1608**

1. Mediante escrito presentado el 11 de julio del 2005 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 3-45 c. 1) la sociedad Ponce de León Hermanos S.A. Impresora de Valores en liquidación obligatoria, a través de apoderado, demandó en ejercicio de la acción de controversias contractuales a la Lotería de Bogotá, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*PRIMERA.- Que se declare que es nula la resolución número 000326 del 21 de octubre de 2004, proferida por el gerente general de la LOTERÍA DE BOGOTÁ Dr. FABIO DE JESÚS VILLA RODRÍGUEZ, acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato No. 066 de 2003, cuyo objeto era la impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes celebrado entre la demandada y PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUTURACIÓN (para la época de los hechos), se declaró la terminación del contrato, se impuso una pena pecuniaria por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS ($299.999.917.oo) y se ordenó hacer efectiva las pólizas expedidas por la compañía Agrícola de Seguros, todo ello basado en una falsa motivación y desconocimiento del principio de proporcionalidad.*

*SEGUNDA.- Que, así mismo, se declare la nulidad de la Resolución No. 000374 del 10 de Diciembre de 2004 proferida por el mismo Gerente General de LA LOTERÍA DE BOGOTÁ Dr. FABIO DE JESÚS VILLA RODRÍGUEZ, por la cual se LIQUIDA UNILATERALMENTE el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2004 celebrado como se ha indicado entre la demandada y PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUTURACIÓN (para la época de los hechos), por estar sustentada en falsa motivación y violación del principio de proporcionalidad.*

*TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare la NULIDAD de la Resolución No. 00000049, del 16 de febrero de 2005 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución No. 0000374, por la cual la Lotería de Bogotá liquida unilateralmente el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003.*

*CUARTA- Que se ordene a LA LOTERÍA DE BOGOTÁ, reestablecer plenamente los derechos de la sociedad demandante PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA e indemnizar los perjuicios causados con razón o con ocasión de la expedición de los actos acusados, constituidos, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los sufridos en el “good will” o buen nombre empresarial de mi poderdante.*

*QUINTA.- Que se ordene, que el monto indemnizatorio sea actualizado o corregido monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de la causación del daño y la fecha de su pago efectivo.*

*SEXTA: Que se ordene a LA LOTERÍA DE BOGOTÁ, dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que la providencia sea notificada.*

*SÉPTIMA Que se ordene a LA LOTERÍA DE BOGOTÁ, pagar en favor de mi representada intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de ese término.*

*OCTAVA: Que se condene a la demandada al pago de las costas y gastos que se origen con ocasión de este proceso.*

2. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias relevantes:

2.1. Entre la EICE Lotería de Bogotá y la sociedad Ponce de León Hermanos S.A. se celebró el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2004, cuyo objeto era la impresión, custodia y entrega en la bodega de la lotería de varios tipos de formularios, así:

1. 6 110 269 talonarios de cincuenta formularios cada uno en original y copia, cosidos con gancho de alambre en la parte superior (82,7% del volumen total a entregar).

2. 25 400 formularios en forma continua (11% del volumen total a contratar).

3. 4 789 209 formularios en rollo terminados por 200 formularios cada rollo (1% del volumen total a entregar).

4. 2 309 112 formularios en rollos (2% del volumen total a entregar).

5. 4 788 507 formulario en rollos terminados por 200 formularios en cada rollo (2% del volumen total a entregar).

6. 2 500 000 formularios en rollos en papel bond por 500 formularios en cada rollo (1,3% del volumen total a entregar).

2.2. El valor del contrato era de $2 999 999 172, IVA incluido, discriminados así: %2 586 206 183 por impresión custodia y entrega y $413 792 989 por IVA.

2.3. El contrato n.º 066 de 2003 fue modificado el 24 de marzo del 2004 para modificar el objeto y valor. Así, el ítem 3 del objeto se cambió de 4 789 209 formularios en rollos términos de 200 formularios cada rollo a 2 309 112 formularios en rollos en papel bond por 1000 en cada rollo, mientras que el ítem 5 de 4 788 507 formularios en rollos términos por 200 formularios cada rollo desapareció. La reducción del objeto del contrato determinó su valor en 2 869 990 390 incluido IVA.

2.4. El 9 de agosto del 2004 se suscribió la modificación n.º 5 al contrato para modificar su objeto y valor. En esta ocasión se redujo el ítem 1 a 4 150 000 talonarios y el valor quedó en $2 144 715 562, incluido IVA.

2.5. La lotería fue constantemente incumplida en la cancelación de las cuentas de cobro presentadas por la sociedad contratista, la cual estaba en reestructuración y ahora en liquidación obligatoria, agravando su situación económica al imposibilitar el pago de sueldos y prestaciones sociales a empleados, así como la cancelación de deudas con proveedores, como Mafimpel Ltda.

2.6. La lotería desconoció las dificultades que pasaba el contratista por razones de fuerza mayor, a pesar de haber sido informada de estas en varias ocasiones, como el paro camionero que no permitió traer el papel desde Buenaventura al interior del país.

2.7. También se sostuvieron reuniones en las que se reiteró la ocurrencia de estas circunstancias de fuerza mayor y se plantearon a la entidad alternativas para finalizar el contrato de mutuo acuerdo o ceder el contrato. La entidad habría afirmado que buscaría otros mecanismos de solución de conflictos diferentes a la terminación unilateral o la caducidad.

2.8. El 8 de octubre del 2004 el señor Vicente Rodríguez Rey, presidente de la sociedad contratista envió la comunicación n.º 3034305 en la que reitera su disposición para buscar mecanismos de solución al contrato n.º 066 del 2003 y informa que debe someterse a un trasplante de médula ósea, que le implicaría una incapacidad de 2 meses, por lo que deja las funciones de representación legal a Liliana Ponce de León.

2.9. Pese a las reuniones y cruce de comunicaciones, sin mediar ninguna clase de proceso ni citar al representante de Ponce de León para descargos, la entidad declaró la caducidad del contrato n.º 066 de 2003 el 21 de octubre del 2004, el cual, en sentir del demandante, está viciado de nulidad en razón a su falsa motivación y a que no respeta el principio de proporcionalidad. Al respecto, explicó que el objeto contractual al que se hizo referencia en la resolución de caducidad fue diferente al realmente pactado y no tuvo en cuenta las modificaciones a las que este fue sometido. Sucedió lo mismo con el valor del contrato, diferente al que finalmente se acordó.

2.10. Agregó que los informes n.º 10422890 y 1042911 del 15 y 19 de octubre de 2004, demuestran que no se requirió a los representantes legales de la sociedad contratista para rendir descargos, violando su debido proceso.

2.11. Igualmente, el informe del 15 de octubre presentado por la supervisora del contrato contiene hechos falsos, pues era del conocimiento de la lotería que el representante legal principal del contratista estaría ausente por 2 meses por motivos de salud y de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio la suplente Liliana Ponce de León la ejercía legal y temporalmente, sin que su nombramiento hubiese sido revocado o modificado.

2.12. La resolución de caducidad se sustentó en apreciaciones subjetivas, sin respaldo probatorio alguno, de la supervisora del contrato. Particularmente, la demanda afirma que en ella que no había representante legal que pudiera suscribir una cesión del contrato, cuando nunca se hizo un requerimiento para el trámite de cesión.

2.13. El informe de la supervisora del contrato, que sirvió de sustento para la declaratoria del caducidad, es ambiguo, pues por un lado aceptó que había en existencia siete cajas de formularios tipo forma continua de Lotería de Bogotá y una caja de formularios tipo manual para inversiones y apuestas Arturo Echeverri, y por otro lado indica que no pudo entrar a las instalaciones de la empresa ante la negativa del sindicato de esta para el efecto.

2.14. Sobre este hecho, explicó que la supervisora, sin ser parte del contrato y en forma arbitraria e irresponsable se presentó en las instalaciones de la demandante en compañía de otros funcionarios de la lotería el 19 de octubre del 2004 y procedió a destruir las planchas y el material existente en las instalaciones de Ponce de León sin haber oficiado o advertido a los representantes legales de la firma, desconociendo lo términos del contrato, “*dándolo por terminado en forma ilegal e irregular*”.

2.15. Agregó que se aplicó una multa al contratista de forma desproporcionada, pues en ella no se tuvo en cuenta que el contrato se había ejecutado en un 94% y a solo dos meses de la finalización del plazo contractual, con un saldo a ejecutar de sólo $109 762 112.

2.16. La lotería no canceló las facturas n.º 0016646, por valor de $3 897 600 de 24 de septiembre, 0016648 de septiembre 28 por valor de $4 164 400, 0016650 de 30 de septiembre por valor de $4 872 000, 0016651 del 30 de septiembre por valor de $9 161 680, 0016654 por valor de $2 923 200 del 5 de octubre, 0016655 de 5 de octubre por valor de $1 624 000, 0016656 de 5 de octubre de $3 747 960, 0016658 del 8 de octubre por valor de $6 663 040, 0016659 de 8 de octubre por valor de $1 624 000, 0016660 del 8 de octubre por valor de $519 680. Por lo tanto, Ponce de León Hermanos S.A. no pudo cumplir con el pago de su nómina ni pagar a sus proveedores, lo cual, por su difícil situación económica, aunado a la declaratoria de caducidad, llevaron a que la Supersociedades convocara a trámite de liquidación obligatoria, mediante auto del 26 de octubre de 2004.

2.17. La convocatoria al trámite de liquidación obligatoria de la sociedad contratista se le comunicó a la lotería el 19 de noviembre de 2004 y le previno de su deber de efectuar los pagos directamente a Ponce de León y no a ninguna otra entidad.

2.18. Con oficio del 29 de noviembre del 2004 el liquidador designado por la Supersociedades reiteró a la Lotería de Bogotá que se había convocado al trámite de la liquidación obligatoria de la sociedad contratista y le comunicó que no es procedente autorizar cruces de cuenta porque se violan los principios de la Ley 222 de 1995, artículo 158.

2.19. El 6 de diciembre del 2004, el liquidador de la sociedad contratista, mediante oficio, solicitó el pago de las facturas pendientes a la lotería, por valor de $33 541 040.

2.20. El 10 de diciembre del 2004 la Lotería de Bogotá emitió la resolución n.º 000374 mediante la que liquidó unilateralmente el contrato n.º 066 de 2004. La sociedad demandante también expuso su inconformidad con esta acta, nuevamente por razones de falsa motivación, violación al debido proceso y violación de la proporcionalidad.

2.21. En tal sentido, reiteró que los actos de caducidad y liquidación son irregulares, pues tuvieron sustento en un objeto y valor del contrato inicial, sin tener en cuenta que estos habían sido modificados.

2.22. Agregó que la lotería al liquidar el contrato infringió en forma directa el artículo 158 de la Ley 222 de 1995, que consagra la obligación de todos los acreedores de acercarse a la liquidación obligatoria a efectos de la cancelación de los créditos que pudiesen existir, por lo que no podía efectuar cruce de cuentas y se tenían que cancelar las facturas pendientes de pago, por valor de $33 541 040.

2.23. La Lotería impuso una sanción del 10% del contrato con un sustento erróneo, pues lo hizo con fundamento con el defecto varias veces anotado de tomar como base un valor del contrato sin que se reflejen las modificaciones hechas al precio y el objeto. Insistió en que todas estas acciones implican una violación al mandato de la Ley 222 de 1995, con una ostensible violación de los derechos de los demás acreedores.

2.24. En ninguno de los actos administrativos expedidos por la Lotería de Bogotá se tuvo en cuenta el inventario existente, del cual se hizo relación en acta de destrucción de formularios para el juego de apuestas permanentes en poder de la empresa Pince de león Hermanos S.A., donde encontraron 17 4000 formularios Nury, 50 000 formularios manuales, 149 167 formularios sistematizados en forma continua, 28 talonarios serie AC con numeración trocada, generando con ello un perjuicio económico para la empresa y un desbalance entre las partes por abuso de la posición dominante de la pasiva de esta acción.

3. La demanda presentó, en síntesis, la siguiente fundamentación jurídica.

3.1. La demanda enunció varias normas que consideró violadas, así:

3.1.1. Artículo 18 de la ley 80 de 1993, dado que no es cierto que se hubieran dado los presupuestos necesarios para declarar la caducidad.

3.1.2. Artículos 1596 y 1602 y concordantes del Código Civil, porque el objeto del contrato había sido ejecutado en un94% y no es legal imponer una pena tan alta como la que se dio en este caso.

3.1.3. Artículo 867 del Código de Comercio, pues el cobro de la cláusula penal en este caso no solamente resulta excesiva sino también abiertamente ilegal, por estar sustentada en hechos errados que originan la causal de falsa motivación.

3.1.4. Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, dado que el procedimiento desarrollado por la demandada no fue imparcial, no tuvo ningún tipo de publicidad y no se permitió a la demandada controvertir las supuestas pruebas que habían para decretar la caducidad del contrato.

3.1.5. Artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, pues se omitió dar traslado del informe de la supervisora del contrato con el que se profirieron los actos acusados.

3.1.6. Artículos 34 a 36 del Código Contencioso Administrativo, puesto que no se remitió la presentación de pruebas que desvirtuaran las aseveraciones de la supervisora del contrato.

3.1.7. Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque los actos administrativos fueron expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, así como con falsa motivación.

3.1.8. Artículo 29 de la Constitución porque se violó el debido proceso del demandante, su presunción de inocencia y el principio de contradicción.

3.1.9. Artículos 158 y 166 de la ley 222 de 1995, ya que la demanda hizo cruces de cuentas que tales normas prohíben, ya que con ello se afectan los derechos de los demás acreedores.

3.2. Presentó como cargos de nulidad, en síntesis, i) violación al debido proceso en la declaratoria de caducidad y violación de la presunción de inocencia y derecho de audiencia; ii) falsa motivación del acto; y iii) desproporcionalidad en la sanción impuesta, de acuerdo a lo ya expuesto en el aparte de hechos

**Proceso 2005-0683**

4. La sociedad Compañía Agrícola de Seguros, por su parte, presentó las siguientes pretensiones:

*PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 0130 del 14 de abril de 2004 mediante la cual se resolvió:*

*“ARTÍCULO PRIMERO: Imponer como sanción una multa a la firma PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN por un valor de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS ($59.999.983.00 m/Cte) de acuerdo con los considerandos de esta resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar el contenido de la presente resolución al señor VICENTE RODRÍGUEZ REY, representante legal de la firma PONCE LE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN y al representante legal de la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS o quien haga las veces. Si no pudiere hacerse personalmente, se dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo”*

*SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 000177 del 20 de mayo del 2004* (sic)[[1]](#footnote-1)*, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003, la cual resolvió:*

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad del contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. De 2003, celebrado el 16 de diciembre de 2003, entre la Lotería de Bogotá y P Sociedad Comercial Ponce de León hermanos S.A. Impresores de Valores de reestructuración.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, declarar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre.*

*ARTÍCULO TERCERO: ordenar la respectiva liquidación del referido contrato, la cual deberá realizarse en los términos previstos en la Ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO CUARTO: Declarar la inhabilidad de la Sociedad PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN por el término de cinco (5) años para participar, por sí o por interpuesta persona, en licitaciones, concursos o contrataciones directas y para celebrar contratos con entidades con entidades estatales.*

*ARTÍCULO QUINTO: Imponer a PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPROSORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN como efecto de la caducidad que se declara por esta resolución y como pena pecuniaria prevista en la cláusula octava del contrato, a título de resarcimiento parcial de perjuicios, la obligación de pagar a la LOTERÍA DE BOGOTÁ la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS ($299.999.917.00 M/cte.), cuya cancelación deberá hacerse directamente en la Tesorería de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEXTO: Hacer efectivas las pólizas No. 1033000185701 y 1033000 185601 expedidas por la Compañía Agrícola de Seguros, hasta por el valor de la pena pecuniaria que por esta resolución se impone y por la cuantía que resulte a deber el contratista de acuerdo con la liquidación del contrato.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: Notificar personalmente al representante legal de la sociedad comercial PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN, y al representante legal de la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS el contenido de la presente resolución, haciéndoles saber que contra ella procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación (…)”*

*CUARTA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 000374 de 10 de diciembre de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003, la cual dispuso:*

*“PRIMERO: Liquidar unilateralmente el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

*SEGUNDO: Notificar al contratista, haciéndole saber que contra la presente Resolución procede Recurso de Reposición dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 50 y 51 del Código Contencioso Administrativo.”*

*QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0130 de abril 14 de 2004, No. 000177 del 28 de mayo de 4 de 2004 (sic), No. 000326 de 21 de octubre de 2004 y No. 000374 de 10 de diciembre de 2004, se declare que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en esos casos administrativos.*

*SEXTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0130 de abril 14 de 2004, No. 000177 del 28 de mayo de 2004, No. 000326 de 21 de octubre de 2004 y No. 000374 de 10 de diciembre de 2004, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Agrícola de Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.*

*SÉPTIMA: Que se condene a la Lotería de Bogotá a pagar a favor de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.*

*OCTAVA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

*En subsidio a las pretensiones principales formuló las siguientes subsidiarias:*

*PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.*

*PRIMERA: Que se declare la Nulidad absoluta prevista en el numeral 2º. Del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de la Cláusula Décima Cuarta del contrato No.066 del 16 de Diciembre de 2003, toda vez que las partes no podían arrogarse la facultad de pactar la potestad para que la Lotería de Bogotá de manera unilateral impusiera multas al contratista Ponce de León Hermanos hoy en liquidación obligatoria, mediante resolución motivada.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de la Nulidad Absoluta de la Cláusula Decima Cuarta del Contrato No. 066 del 16 de Diciembre de 2003, se declare la NULIDAD de las resoluciones No. 0130 del 14 de abril de 2004 y la resolución No. 000177 del 20 de mayo de 2004, mediante las cuales se resolvió:*

*Resolución No. 0130 del 14 de abril de 2004*

*“ARTÍCULO PRIMERO: Imponer como sanción una multa a la firma POONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN por un valor de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS ($59.999.983.00 m/Cte) de acuerdo con los considerandos de esta resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar el contenido de la presente resolución al señor VICENTE RODRÍGUEZ REY, representante legal de la firma PONCE LE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN y al representante legal de la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS o quien haga las veces. Si no pudiere hacerse personalmente, se dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.”*

*Resolución No. 000177 del 20 de mayo de 2004*

*ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todas sus partes la Resolución número 0130 de abril 14 de 2004, por la cual la Lotería de Bogotá impone una multa por incumplimiento parcial del contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuesta permanentes No. 066 de 2003.*

*ARTÍCULO CUARTO.- Para los fines pertinentes notifíquese la presente resolución al Representante Legal de la compañía de seguros AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima cuarta del contrato No. 066 de 2003 y la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0130 de abril 14 de 2004; No. 000177 del 28 de mayo de 2004, se declare que la Compañía Agrícola de Seguros S.A., no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en esos actos administrativos.*

*CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima cuarta del contrato No. 066 de 2003 y la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos 0130 de abril 14 de 2004; No. 000177 del 28 de mayo de 2004, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Agrícola de Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.*

*QUINTA: Que se condene a la Lotería de Bogotá a pagar a favor de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.*

*SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

*PRIMERA: Que se declare que del contenido o parte resolutiva de las resoluciones No. 0130 del 14 de abril de 2004, mediante la cual se impone una multa al contratista Ponce de león hermanos, hoy en Liquidación, su confirmatoria No. 000177 del 20 de mayo de 2004, y la resolución No. 000374 del 10 de diciembre de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 066 de 2003, no se desprende obligación alguna a cargo de la Compañía Agrícola de Seguros S.A., y por tanto dichos actos administrativos no producen afectos legales frente a la misma.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de la declaración anterior, se declare que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. no está obligado a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en las resoluciones Nos. 0130 de abril 14 de 2004, y su confirmatoria No. 000177 del 20 de mayo de 2004 y la resolución No. 000374 del 10 de diciembre de 2004, en virtud de lo resuelto en esos actos administrativos.*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de no existencia de obligación a cargo de la Compañía Agrícola de Seguros por las resoluciones Nos 130 de abril 14 de 2004; No. 0001777 del 28 de mayo de 2004; y la resolución No. 000374 del 10 de diciembre de 2004, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Agrícola de Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos Administrativos.*

*CUARTA: Que se condene a la Lotería de Bogotá a pagar a favor de la compañía Agrícola de Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.*

*QUINTA: Que se ordene a dar cumplimiento a la normado en los artículos 176 del Código Contencioso Administrativo.*

4.1. Formuló los siguientes cargos contras las resoluciones acusadas.

4.1.1. Falta de competencia para la expedición n.º 0130 del 14 de abril del 2004 y su confirmatoria n.º 000177 del 28 de mayo del 2004, mediante la que se impuso una multa al contratista. En este sentido, afirmó que la Ley 80 de 1993, a diferencia de lo previsto en el Decreto 222 de 1983, no tiene consagrada la facultad unilateral de la administración de imponer este tipo de sanción.

4.1.2. Falsa motivación en la expedición n.º 0130 del 14 de abril del 2004 y su confirmatoria n.º 000177 del 28 de mayo del 2004, mediante la que se impuso una multa al contratista. Al igual que lo hizo Ponce de León, la aseguradora consideró que hay falsa motivación en la resolución de multa, pues no tuvo en cuenta las modificaciones que se hicieron entre las partes al objeto y valor del contrato.

4.1.3. Falsa motivación y cobro de lo no debido en la expedición de la resolución n.º 000326 del 21 de octubre de 2004, mediante la que se declaró la caducidad. Al respecto, indicó que en este acto administrativo se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria tomando la cláusula octava del contrato, que no contempla esa sanción. Así mismo, afirmó que se desconoció el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 1596 del Código Civil cuando se ha establecido cláusula penal y el deudor ha ejecutado parcialmente la obligación.

4.1.4. Falsa motivación y desproporcionalidad en la expedición de la resolución n.º 000374 del 10 de diciembre del 2004 mediante la que se liquidó el contrato. Al respecto, indicó que el acto administrativo no tuvo en cuenta para establecer el monto de la cláusula penal la disminución del valor del contrato y la ejecución parcial del mismo.

4.1.5. Agregó que la ejecución del contrato, conforme con lo afirmado por la misma administración, fue del 83,61% dado que estableció el valor ejecutado en $1 793 130 612, por lo que no podía fijar el monto de la pena en 100%. Igualmente, la lotería no determinó cuales fueron los soportes para establecer el valor de lo adeudado por el contratista por concepto de anticipo no amortizado. Además, considera ilógico que se afirme que el anticipo no se amortizó cuando este ascendió a $200 000 000 y la ejecución fue de los mentados $1 793 130 612, lo que hace suponer que ese valor se invirtió totalmente.

4.1.6. Finalmente, recordó que en los términos del contrato de seguro expedido por Agrícola de Seguros lo amparado es el uso indebido del anticipo, lo cual no se encuentra acreditado fehacientemente.

4.1.7. Violación de los artículos 1596 del Código Civil, así como 867, 1077 y 1088 del Código de Comercio en la expedición de la resolución n.º 0130 del 14 de abril del 2004, por la que se impuso una multa al contratista. Fundamentó este cargo en la falta de determinación clara de la cuantía del siniestro declarado en ese acto.

4.1.8. Nulidad de la cláusula décimo cuarta del contrato n.º 066 por falta de competencia. En este sentido, afirmó que es inválida la cláusula que estableció la facultad de imponer multas, en cuanto esta no está prevista en la Ley 80 de 1993 como prerrogativa unilateral de la administración.

4.1.9. Finalmente, consideró que las resoluciones por las que se impuso la multa y liquidó el contrato no le resultaban oponibles como aseguradora del contrato. En primer lugar, respecto de las resolución n.º 0130 del 2004, indicó que la lotería no tuvo la intención de vincular a la aseguradora, pues no declaró la ocurrencia del siniestro y no se ordenó efectivo el amparo. Aún cuando se haya notificado la decisión, ello no subsana la toma de la determinación en contra del contratista sin vincular a su garante.

4.1.10. Por último, señaló que la resolución n.º 000374 del 10 de diciembre del 2004 ni siquiera ordenó la notificación a la aseguradora, ni en la parte motiva ni en la resolutiva se estableció obligación alguna, debidamente motivada, a cargo del garante.

4.2. La demanda, además, pidió la vinculación como litisconsorte de Ponce de León Hermanos S.A.

**II. Trámite procesal**

5. La demanda del proceso **n.º 2005-1608** de la sociedad contratista fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de octubre del 2005 (f. 48 c. 1) y una vez notificada la **contestó** la Lotería de Bogotá el 27 de febrero del 2006 (f. 51-63 c. 1), con los argumentos que se sintetizan a continuación.

5.1. En general no aceptó los hechos de la demanda. Por el contrario, afirmó que realizó la correspondiente convocatoria pública y suscribió el contrato n.º 066 del 2003 pues la documentación aportada por este hizo concluir que se trataba de la mejor oferta. No obstante lo anterior, se presentaron en repetidas oportunidades incumplimiento de distinta naturaleza, bien por la calidad, cantidad, empaque, distribución e inventarios insuficientes del contratista. Agregó que luego de múltiples requerimientos, reuniones y visitas de inspección, se tomó la decisión de proferir los actos acusados, los cuales, integralmente, se ajustan a la legalidad.

5.2. Propuso como excepciones:

5.2.1. Inexistencia de causa para demandar. En este aspecto, reiteró que los incumplimientos del demandante fueron ostensibles y repetidos desde el inicio de la relación contractual. Así, el 3 de marzo del 2004 se realizó una reunión en las instalaciones de la lotería, en la que Ponce de León se comprometió a dar solución a las irregularidades con el abastecimiento.

5.2.2. Sin embargo, funcionarios de la empresa estatal verificaron de forma personal el 5 de abril del 2004 la inexistencia de inventarios en las oficinas del contratista, salvo 20 000 formularios manuales (de 298 000 requeridos) y sólo con relación al concesionario Inversiones y Apuestas Permanentes Arturo Echeverri H. y Cia. Ltda.

5.2.3. Esta preocupante situación obligó a la expedición de la resolución n.º 000130 del 2004 por la que impuso una multa por incumplimiento parcial, debidamente notificada y confirmada mediante la n.º 000177 del 2004. Señaló que la presunción de legalidad que ampara a este acto no demandado debe ser tenido en cuenta para la resolución de este caso, pues evidencia el incumplimiento del demandante, además de que prueba la oportunidad dada al demandante para pronunciarse sobre su conducta contractual.

5.2.4. En la misma línea, adujo que la resolución n.º 00326 del 21 de octubre del 2004 que declaró la caducidad observó a plenitud el deber legal y constitucional de respetar el debido proceso administrativo, de acuerdo con sus antecedentes. Entre estos nombró la expedición de la resolución de incumplimiento parcial; numerosos requerimientos al contratista para instar a su cumplimiento y el pago de la multa impuesta y la visita de los funcionarios de la lotería que verificó la inexistencia de inventario.

5.2.5. A continuación, se refirió a las afirmaciones de la demanda que imputan a la conducta contractual de la lotería la entrada a liquidación obligatoria de Ponce de León S.A. Al respecto, señaló que la situación del demandante era mala de por sí y por ello precisamente es que solicitó ella misma que se autorizara el trámite de reestructuración, la cual fue admitida porque, precisamente, se cumplieron los requisitos para el efecto, los cuales consisten en la acreditación del incumplimiento grave de obligaciones con acreedores y trabajadores de la sociedad.

4.2.6. Afirmó, además, que un elemento grave de incumplimiento del contratista se dejó por fuera de su demanda, consistente en actividades ilícitas adelantadas por algunos de sus trabajadores, que clonaban los talonarios de apuestas, situación que mereció incluso la intervención de la Fiscalía General de la Nación, que allanó las instalaciones de Ponce de León el 22 de octubre de 2004. Esta circunstancia refleja que el demandante descuidó también su deber de vigilancia respecto de sus propios empleados.

4.2.7. Inexistencia de violación al debido proceso. Al respecto, expuso que, más allá del deber de la administración de resolver los recursos que pudiesen formularse en vía gubernativa, no existe un procedimiento previo a la adopción de decisiones sancionatorias que hubiese adoptado el legislador dentro de sus competencias constitucionales.

4.2.8. Sin embargo, ello no quiere decir que no se deba dar derecho a contradecir la sanción al contratista,, lo cual se hizo en este caso mediante los requerimientos previos a la decisión definitiva que se hicieron para que adecuara su conducta en el sentido de allanarse al cumplimiento de sus obligaciones, de lo que dan cuenta los numerosos oficios y visitas realizadas.

6. Por otra parte, la demanda del n.º **2005-0683** fue admitida el 7 de julio del 2005 (f. 53 c. 1A), en la que se ordenó la notificación de la Lotería de Bogotá y se vinculó a la sociedad contratista.

7. La sociedad contratista se pronunció sobre la demanda para coadyuvarla en sus pretensiones el 1 de septiembre del 2005 (f. 64-100 c. 1A).

8. El 12 de septiembre del 2005 la Lotería de Bogotá **contestó la demanda**, así (f. 101-116 c. 1A):

8.1. En primer lugar alegó la falta de legitimación en la causa por activa de la aseguradora, en cuanto, en sentir de la Lotería de Bogotá, no se encontraba facultado para presentar la demanda, al no ser parte del contrato objeto de la controversia conforme a lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

8.2. También formuló la excepción de ausencia de causa para demandar, en la que, al igual que lo hizo al pronunciarse sobre la misma cuando fue expuesta por la sociedad contratista en su demanda, recordó que los actos demandados se expidieron en respuesta del evidente incumplimiento del Ponce de León. Agregó que la aseguradora conocía el contrato que garantizó y por lo tanto conocía su contenido, incluyendo las cláusulas que ahora considera ilegales.

8.3. Agregó que la efectividad de las multas y la cláusula penal pecuniaria no puede estar sujetas a una decisión judicial, pues esto iría en contra del cumplimiento de los fines estatales y el adecuado desarrollo de los contratos. Por el contrario, el Estado debe estar provisto del imperio necesario para exigir el cumplimiento.

8.4. También rechazó la tesis de la inoponibilidad de los actos, pues en cuento estos declaran la existencia o realización del riesgo, la aseguradora debe concurrir al pago en su calidad de garante, aún cuando no se hayan hecho declaraciones específicas de ocurrencia del siniestro o similares.

8.5. También desestimó el argumento de la falta de claridad de la cuantía del riesgo asegurado, porque la correspondiente resolución indicó expresamente que ese valor dependería de lo que se determinara en el acto de liquidación, y las cuantías reflejadas allí podrían ser erradas aritméticamente, pero ello no implica la falsa motivación alegada. En concreto dijo:

*No obstante pasar por alto que la resolución 000326 de 21 de octubre de 2004, que la aseguradora demandante conoce, entre otras cosas, porque objetó el pago a que esta se sustrae, en su artículo sexto, dispuso: “Hacer efectivas las pólizas 103300018501 y 1033000185601 expedidas por la Compañía Agrícola de Seguros, hasta por el valor de la pena penal pecuniaria que por esta resolución se impone y por la cuantía que resulte a deber el contratista de acuerdo con la liquidación del contrato.” (Subrayo).*

*Entonces, aparte de contener la clara expresión de la existencia del riesgo parcial asegurado (cláusula penal pecuniaria), difiere la cuantificación total del mismo riesgo a la liquidación del contrato, que finalmente se produjo a través de la resolución No. 000374 de 10 de diciembre de 2004.*

*Pero obsérvese que también la demanda hace alusión a que tal cuantificación no parece ser un reflejo claro de las estipulaciones contractuales. La determinación de las cuantías a las cuales debe concurrir al pago la actora no son otra cosa que el producto de ecuaciones aritméticas que, en todo caso, y en el evento de no corresponder a la verdad matemática, deberán someterse al escrutinio de ese H. Tribunal. Lo anterior no comporta necesariamente la idea de que por no adecuarse los resultados a la realidad, esto implique por parte de la administración la ausencia de buena fe o la falsa motivación de estos actos. De similar manera debe interpretarse la presunta falsa motivación por la errónea alusión a cláusulas contractuales.*

8.6. Agregó que la alegación de la falta o falsa motivación de la caducidad cae de su propio peso, pues en la parte resolutiva de la resolución n.º 000326 del 2004 se expresa con lujo de detalle las razones por las que se pone fin al contrato, entre ellas, por supuesto, la inspección a las instalaciones de Ponce de León de parte de la supervisora contractual, que motivaron de forma inmediata la decisión de finalizar la relación, Así como la clonación de formularios.

8.7. Finalmente, sobre la supuesta violación de varias normas de derecho privado relativas a la proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, señaló que el incumplimiento del contratista causó perjuicios mayores a la sanción impuesta.

9. El 22 de marzo del 2006 se declaró la acumulación de los expediente 2005-683 y 2005-1608 (f. 126-127 c. 1A).

10. En razón a la solicitud del 26 de julio del 2007 de la sociedad Compañía Suramericana de Seguros S.A. (f. 262-263 c. 1A) el *a quo,* el 3 de octubre del 2007, aceptó la cesión litigiosa de la Compañía Agrícola de Seguros a favor de esa sociedad, de acuerdo con la orden que en tal sentido impartió la Superintendencia Financiera de Colombia en resolución 810 del 2007 (f. 288 c. 1A).

11. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para alegar el 27 de febrero del 2008 (f. 294 c. 1A), oportunidad en la que intervinieron tanto la Compañía Suramericana de Seguros (f. 295-348 c. 1A) como la sociedad Ponce de León Hermanos S.A. (f. 349-371 c. 1A).

11.1. La compañía aseguradora insistió en la nulidad por falta de competencia de las resoluciones 0130 del 2004 y 000177 del 2004, por las que se impuso una multa, porque esa prerrogativa no está prevista de forma unilateral por la Ley 80 de 1993, como sí lo hacía el Decreto 222 de 1983.

11.2. También reiteró que hubo falsa motivación en las mismas resoluciones por desconocer la modificación del valor del contrato, que tiene efectos en la cuantía de la sanción.

11.3. Nuevamente afirmó que también era nula la resolución de caducidad por la misma razón, es decir, por falsa motivación al no tener en cuenta la modificación del objeto y el valor del contrato.

11.4. También insistió en que la resolución de caducidad que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria no se tuvo en cuenta la proporcionalidad en la determinación del monto.

11.5. Por otra parte, repitió que la resolución de liquidación unilateral adolecía de falsa motivación por al no tener en cuenta ni la disminución del valor del contrato como la ejecución parcial del objeto. Agregó que la liquidación unilateral no tuvo en cuenta al momento de establecer el saldo a favor de la entidad por la multa impuesta, esta debía tener un menor valor.

11.6. Por último, señaló que en los actos demandados no se cumplieron las normas de derecho privado que establecen la proporcionalidad en la cláusula penal pecuniaria de acuerdo con lo ejecutado del objeto contractual, así como que no se estableció claramente la cuantía del siniestro de incumplimiento.

11.7. Respecto de las pretensiones subsidiarias indicó que era nula también la cláusula que estableció la posibilidad de imponer la multa de forma unilateral por que esa facultad no se estableció en la Ley 80 de 1993 y que en las resoluciones no se indicó de manera clara y exigible obligaciones a cargo de la aseguradora.

11.8. En su alegato, La sociedad contratista reprodujo su integralmente el texto de su demanda (f. 92-105 c. 1).

12. El 21 de mayo del 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 373-385 c. ppl), en la que se decidió lo siguiente:

*PRIMERO: Se declara la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.*

*SEGUNDO: Se declara la nulidad de la Resolución No. 000130 del 14 de abril de 2004, confirmada por la resolución No. 000177 del 28 de mayo de 2004.*

*TERCERO: Se modifica el artículo quinto de la Resolución No. 000326 del 21 de octubre de 2004, el cual quedará así:*

*“ARTÍCULO QUINTO: Imponer a PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN, como efecto de la caducidad que se declaró y como pena pecuniaria prevista en la cláusula décima tercera del contrato, a título de resarcimiento parcial de perjuicios, la obligación de pagar a la LOTERÍA DE BOGOTÁ, la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS ($35.173.335 M/CTE)”.*

*En todo lo demás, se confirma el acto administrativo demandado, a través del cual se declaró la caducidad del contrato No. 066 de 2003 y se impuso una cláusula penal pecuniaria.*

*CUARTO: Se modifica la Resolución No. 000374 del 10 de diciembre de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 066 de 2003, la cual quedará así:*

*VALOR INICIAL DEL CONTRATO $2.999.999.172*

*ADICIÓN DE FECHA 24-03-04 $-120.008.782*

*ADICIÓN DE FECHA 09-08-04 $-735.274.830*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO $2.144.715.560*

*VALOR EJECUTADO $1.793.130.612*

*SALDO NO EJECUTADO DEL CONTRATO $351.584.948*

*VALORES ADEUDADOS A LA LOTERÍA DE BOGOTÁ POR LA FIRMA PONCE LE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA*

*SALDO NO AMORTIZADO DEL ANTICIPO*

*A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ $45.765.540*

*PENA PECUNIARIA – DECLARATORIA*

*DE CADUCIDAD $35.173.335*

*VALOR PUBLICACIONES $318.000*

*PUBLICACIÓN DIARIO DISTRITAL $21.600*

*TOTAL $81.278.475*

*VALOR ADEUDADO POR LA LOTERÍA DE BOGOTÁ A LA FIRMA PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA*

*POR CONCEPTO DE FACTURAS QUE FUERON DESCONTADAS DE LA MULTA DECLARADA NULA $-38.822.880*

*SALDO TOTAL A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIESTOS NOVENTA Y CINCO PESOS ($42.455.595) a diciembre de 2004, suma de dinero que actualizada a la fecha de la sentencia, en aplicación del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, asciende a la suma de CINCUENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS. ($50.775.763)*

*QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda*

*SEXTO: Sin condena en costas*

*SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá conforme a los términos de los artículos 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo.*

*OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría liquídense los gastos de proceso, Adviértase al demandante que sí pasados 2 años, contados a partir de la liquidación de los gastos, no los reclama, se declarará la prescripción de los mismos, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Acuerdo 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

13. El *a quo* resolvió cada uno de los cargos, así:

13.1. Nulidad de la resolución n.º 0130 del 14 de abril del 2004 y su confirmatoria n.º 000177 del 28 de mayo del 2004 por las que se impuso una multa por incumplimiento parcial del contrato n.º 066 de 2003. Accedió a esta pretensión al considerar que la Ley 80 de 1993 no estableció la facultad para la administración de imponer multas de forma unilateral, mediante acto administrativo motivado. A continuación explicó que aunque el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 estableció esta facultad y señaló que esta sería aplicable a contratos vigentes para el momento de su expedición, esta disposición debía ser desconocida por inconstitucional, por lo que hizo uso, de oficio, de la excepción de inconstitucional. En concreto indicó:

*A esta conclusión, llega la Sala del análisis del artículo 29 de la Constitución Política, aplicable a todas las actuaciones sancionatorias, tanto judiciales como administrativas, norma Constitucional que establece la obligación de preexistencia de la ley para la imposición de sanciones. En consecuencia, en aplicación del artículo 4 de la Constitución, que establece la preeminencia de las normas constitucionales sobre las normas legales y de inferior jerarquía, la Sala de oficio declarará la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto dicha disposición otorga con efectos retroactivos a las entidades públicas contratantes, la facultad de imponer multas pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de dicha ley, y como resultado de dicha decisión, procederá a declarar la nulidad de la Resolución No. 0130 del 14 de abril de 2004, confirmada mediante la Resolución No. 000177 del 28 de mayo de 2004.*

13.2. Nulidad de la resolución n.º 000326 del 21 de octubre del 2004 mediante la que se declaró la caducidad del contrato n.º 066 de 2003. Al respecto, no encontró probada la nulidad, aunque sí consideró necesaria la modificación y aclaración de algunas de las cláusulas.

13.2.1. Inició por señalar que en efecto la facultad de la administración de declarar la caducidad por causas que afectaran gravemente la ejecución del contrato y evidenciaran su paralización se pactó en la cláusula décima quinta del contrato. Posteriormente resaltó que aunque la demanda de Ponce de León señala que sólo faltó por ejecutar el 6% del contrato, de acuerdo con la resolución realmente faltaba el 16,4%, lo que equivale a $351 584 948.

13.2.2. De otro lado encontró que en efecto la contratista venía incumpliendo el contrato, al no mantener la reserva necesaria de formularios impresos a los que se había comprometido de acuerdo con la cláusula novena. De hecho el funcionamiento de la sociedad era de por sí muy irregular, tanto que tuvo sanciones por incumplimiento de obligaciones laborales de parte del Ministerio de la Protección Social y el día de la visita de la supervisora del contrato, de acuerdo con su testimonio, incluso impedía en acceso a las instalaciones de Ponce de León y básicamente no había ningún tipo de producción allí.

13.2.3. Por otra parte, indicó que si bien la actora manifiesta que solicitó que se le autorizara a ceder el contrato, no había obligación de la lotería de aceptar esa cesión, máxime si se tiene en cuenta que el objeto contratado requería especial atención a calidades del contratista, como su experiencia y capacidad económica. Todo esto para concluir que, de hecho, está más que acreditado que se estaba afectando de manera grave y directa la ejecución del contrato, por lo que la expedición del acto fue justificada.

13.2.4. Igualmente, a expedición del acto fue oportuna, pues para el momento de la expedición, conforme con la cláusula cuarta del contrato, aún restaban dos meses de plazo de ejecución.

13.2.5. Descartó otros argumentos de la demanda, como el paro camionero ocurrido supuestamente para la época de los hechos, pues nada se proó sobre él; o la huelga adelantada por los trabajadores de Ponce de León, ya que este hecho le resulta imputable únicamente al contratista por no pagar sus acreencias laborales.

13.2.6. Tampoco consideró justificativo del incumplimiento la supuesta falta de cancelación de unas facturas por parte de la lotería, dado que el valor en ella consignado era de apenas $33 541 040, cuando se trata de un contrato de $2 879 990 390. Es decir, no se trató de un incumplimiento significativo.

13.2.7. Respecto de la presunta falsa motivación porque el acto indica que impone cláusula penal pecuniaria de acuerdo con lo pactado en la cláusula octava cuando esta trata de otro asunto, afirmó que asiste razón al demandante, pues esta trata del contenido de los formularios. Sin embargo, la cláusula penal sí fue objeto de pacto en la cláusula décima tercera, por lo que únicamente procedió a aclarar el artículo quinto de la resolución.

13.2.8. El punto en el que se pidió indemnización por formularios destruidos fue desestimado porque la destrucción fue plenamente justificada, en cuanto se evidenció que varios formularios fueron encontrados en posesión de trabajadores y otros tenían la numeración trocada.

13.2.9. Posteriormente, aceptó que debió tenerse en cuenta la proporción del objeto ejecutada en la imposición de la cláusula penal, por lo que dispuso la modificación del artículo 5 de la resolución n.º 000326 del 2004. Al respecto explicó:

*Respecto al argumento que al momento de imponer la cláusula penal no se tuvo en cuenta la ejecución parcial del contrato No. 066 de 2003, es de anotar que efectivamente el artículo 1596 del Código Civil establece que se tiene derecho a rebaja proporcional de la pena si el deudor cumple solamente con una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, razón por la cual se procederá a rebajar la pena en un 83.6%, del valor final del contrato, cuyo monto ascendió a la suma de $2.144.715.560. Es decir, a $2.144.715.560 se le saca el 10% (que es el porcentaje establecido como monto del cláusula penal), y se obtiene $214.471.556; a dicha se le reduce lo que ejecutó el contratista, 83.6% del valor del contrato y que asciende a la suma de $179.298.221, obteniendo la suma de $35.173.335, cifra de dinero que la sociedad Ponce de León Hermanos S.A. Impresores de Valores en Liquidación Obligatoria, o si dicha compañía no paga, la compañía de seguros SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. deben pagar por concepto de la cláusula penal.*

*En consecuencia, se procederá a modificar el artículo quinto de la Resolución No. 000326 del 21 de octubre de 2004, respecto a que el valor de la cláusula penal impuesta asciende a la suma de $35.173.335.*

13.3. Nulidad de la Resolución n.º 000374 del 10 de diciembre de 2004 mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato n.º 066 de 2003.

13.3.1. Inició por resolver el argumento de que el acto no tuvo en cuenta la diminución del valor del contrato para la imposición de la multa penal pecuniaria. Al respecto, se remitió a lo ya resuelto sobre la cláusula en el acto de caducidad, en la que esta se redujo a $35.173.335.

13.3.2. Respecto del mal manejo del anticipo, señaló que aunque Ponce de León afirmó que este debió ser invertido totalmente porque el valor ejecutado fue mucho mayor al valor del anticipo, lo cierto es que no se probó la ilegalidad del acto en este sentido. Indicó entonces:

*Frente al argumento que como el valor del anticipo ascendió a $200.000.000 y el valor ejecutado a $1.793.130.612, es de suponer que el valor del anticipo se invirtió totalmente, y que no hay prueba del mal manejo del anticipo, se encuentra que la parte actora debió demostrar el adecuado manejo dado al anticipo por cuanto pretende desvirtuar la legalidad de un acto administrativo, y considerando que no obra en el expediente material probatorio que permita desvirtuar lo indicado en la Resolución 000374 del 10 de diciembre de 2004, esto es, que el saldo amortizado del anticipo a favor de la Lotería de Bogotá ascendió a la suma de $45.765.540, se negará dicho cargo.*

13.3.3. Respecto del cargo de la infracción del artículo 158 de la Ley 222 de 1995 por compensar las prestaciones a su cargo con las multas impuestas al contratista, señaló que al haberse declarado la nulidad por falta de competencia de la multa, se procedería a abonar la suma que había sido descontada en la resolución de liquidación. Advirtió, sin embargo, que el contrato no prohibía la compensación de la multa, por lo que ello fue perfectamente válido, dado que cuando se hace un pago parcial este debe abonarse primero a sanciones e intereses moratorios corrientes y por último al capital.

13.3.4. Por lo tanto, el *a quo* modificó la Resolución n.º 000374 del 10 de diciembre del 2004 en lo relacionado con las cifras en las cuales existen inconsistencias. Así las cosas, señaló:

*1. La disminución en el valor del contrato realizado en el contrato adicional No. 2, del 24 de marzo de 2004, no fue de $130.008.732, sino de $120.008.782, por cuanto el valor inicial del contrato era de $2.999.999.172 y en la modificación No. 2 se mencionó que el valor del contrato era $2.879.990.390 (…), de suerte que la diferencia entre dichos valores asciende a la suma de $120.008.782.*

*2. El acápite de la Resolución en la que se menciona como saldo final a favor de la Lotería de Bogotá de $405.584.948, en realidad corresponde es al valor no ejecutado del valor del contrato y no a un saldo a favor de la Lotería, puesto que de conformidad con la cláusula tercera del contrato, se pactó la forma de pago en dos cifras, un anticipo de $200.000.000 y el capital restante pagadero mensual contra verificación de la existencia de formularios en bodega del contratista, de suerte que no existiendo dentro del expediente ninguna prueba, aportada por ninguna de las partes, sobre los pagos efectivamente realizados al contratista, debe entenderse que al contratista se le fueron pagando mensualmente todos los formularios que efectivamente elaboró, no pudiendo deducirse que se le hayan pagado más formularios de los elaborados. Esta suma se ajustará, puesto que el valor real del contrato después de las dos adiciones que disminuyeron su valor, fue de $2.144.715.560 menos el valor ejecutado del contrato $1.793.130.612, valor que se presume pagado al contratista.*

*VALOR INICIAL DEL CONTRATO $2.999.999.172*

*ADICIÓN DE FECHA 24-03-04 $-120.008.782*

*ADICIÓN DE FECHA 09-08-04 $-735.274.830*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO $2.144.715.560*

*VALOR EJECUTADO $1.793.130.612*

*SALDO NO EJECUTADO DEL CONTRATO $351.584.948*

*VALORES ADEUDADOS A LA LOTERÍA DE BOGOTÁ POR LA FIRMA PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA*

*SALDO NO AMORTIZADO DEL ANTICIPO*

*A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ $45.765.540*

*PENA PECUNIARIA – DECLARATORIA*

*DE CADUCIDAD $35.173.335*

*VALOR PUBLICACIONES $318.000*

*PUBLICACIÓN DIARIO DISTRITAL $21.600*

*TOTAL $81.278.475*

*VALOR ADEUDADO POR LA LOTERÍA DE BOGOTÁ A LA FIRMA PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓ OBLIGATORIA*

*POR CONCPETO DE FACTURAS QUE FUERON DESCONTADAS DE LA MULTA DECLARADA NULA $-38.822.880*

*SALDO TOTAL A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ: $81.278.475 - $38.822.880= $42.455.595 a diciembre de 2004, suma de dinero que actualizada asciende a la suma de $50.775.763, cifra que se obtiene de los siguientes cálculos:*

*IPC del 5 de enero de 2005 154.97*

*IPX de abril de 2008 185.34*

*Cifra actualizada = $42.455.595 x 185.34*

*154.97*

*Cifra actualizada = $50.775.763*

14. La sociedad Ponce de León (f. 390-403 c. ppl), la Lotería de Bogotá (f. 421 c. ppl) y la Procuraduría General de la Nación (f. 422-433 c. ppl) interpusieron recurso de **apelación** contra la anterior decisión. Presentaron los argumentos de su disentimiento de la siguiente forma:

14.1. La sociedad Ponce de León comenzó por señalar su inconformidad con que la sentencia atacada hubiese apenas atinado a rebajar el monto de la cláusula penal pecuniaria y se abstuviera de acceder a la mayoría de pretensiones de nulidad deprecadas. En su criterio, la caducidad fue ilegalmente declarada, básicamente porque no se respetó el derecho de audiencia y debido proceso para su imposición, porque en ella se incurrió en falsa motivación y porque en ella se desconoció el principio de proporcionalidad, lo que aceptó el tribunal al rebajar el valor de la cláusula penal pecuniaria.

14.1.1. Al respecto, reiteró que los informes 10422890 y 1042911 del 15 y 19 de octubre de 20904 muestran que nunca se hizo un requerimiento a los representantes legales de la contratista para rendir descargos. Por otra parte, la sentencia se sustenta en gran medida en los dichos de la supervisora del contrato, pero todos ellos fueron desvirtuados por los miembros del sindicato de Ponce de León, además de que no se sustentaron con ninguna prueba documental.

14.1.2. También consideró que el tribunal partió del hecho de que la demandante se encontraba sin representación legal, pero este hecho nunca se acreditó fehacientemente, lo cual es particularmente relevante para analizar la afirmación de la supervisora de que no se estudió la cesión del contrato por la ausencia de representación legal del contratista.

14.1.3. Agregó que no se ordenó en la sentencia que se indexaran los valores de las facturas que se alegaron como no canceladas (ver supra párr. 2.16), lo que ocasiona un perjuicio a Ponce de León y genera una desigualdad procesal.

14.1.4. Insistió que el cruce de cuentas hecho en la liquidación desconoció el mandato de la Ley 222 de 1995, según la cual todos los activos y acreencias de una sociedad en liquidación deben ingresar a la masa de vienes a liquidar, masa a la que, por lo tanto, debió ingresar la suma de $333 541 040.

14.1.5. También señaló que la destrucción del inventario existente generó un perjuicio económico para la empresa y un abuso de posición dominante.

14.1.6. A continuación retomó el punto de la violación del debido proceso, indicando que la doctrina y la jurisprudencia contenciosa han sido claras en cuanto a que la garantía de este derecho se da mediante el respeto de un procedimiento administrativo previo que hace parte de la as accione preparatorias de la expedición de la decisión administrativa, por lo que resulta inaceptable pretender afirmar que se encuentra protegido únicamente mediante la notificación de la resolución en inaceptable.

14.1.7. Sobre el asunto de la falsa motivación, insistió en que la resolución de caducidad se basó únicamente en lo indicado por la supervisora del contrato sobre la ausencia de representación legal de Ponce de León, la falta de inventario de formularios, las irregularidades en su numeración y la presunta imposibilidad de esta de ingresar a las instalaciones del contratista, todo lo cual consideró falso y contrario a lo probado en el proceso.

14.1.8. En primer lugar, consideró que los documentos obrantes en el plenario muestran que el representante principal no renunció como afirmó la supervisora, sino que anunció el 8 de octubre que debía someterse a un tratamiento médico y sería sustituido por la suplente. Agregó que aunque la supervisora del contrato dijo que la suplente renunció el mismo día, este argumento no tiene validez porque esa renuncia solo se legalizo ante la Cámara de Comercio del 20 de octubre del 2004.

14.1.9. Sobre los inventarios, Ponce de León alegó que no había un solo requerimiento que demuestre que la entidad contratante no estuviera cumpliendo con su obligación de imprimir los talonarios, e incluso la supervisora destruyó planchas y talonarios de manera arbitraria, además de haber encontrado material listo para envío a la Lotería de Bogotá.

14.1.10. En un sentido similar, criticó que la supervisora pudiese reportar simultáneamente que le impidieron el ingreso a las instalaciones de Ponce de León y un detallado inventario de lo que se encontró allí.

14.1.11. Adujo de forma adicional que la falsa motivación que debió derivar en la nulidad judicial del acto parte de la simple contrastación del objeto consignado allí respecto del que finalmente se acordó entre las partes mediante la suscripción de las modificaciones.

14.1.12. Finalmente, sin explicar la conexión de esta solicitud y la nulidad del acto de caducidad, deprecó las siguientes pretensiones consecuenciales:

*DAÑO EMERGENTE: Por este concepto, los siguientes son los valores que consideró se generaron con motivo de la actuación ilegal de la demandada:*

*1. Impuesto de timbre $19.397.000*

*2. Valor de la publicación Diario Oficial: $2.723.000*

*3. Valor sufragado para constituir la póliza de cumplimiento del contrato: $5.500.720*

*4. Valor sufragado para constituir póliza de manejo y correcta inversión del anticipo $1.117.000, mas $353.800 por póliza de seriedad de la oferta.*

*5. Por concepto del valor del contrato dejado de percibir por la sociedad: PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. Impresora de Valores $109.000.000*

*6. Por concepto de facturas no pagadas $333.541.040*

*7. Daño causado al Nombre o good will de la empresa $500.000.000.*

*LUCRO CESANTE: La suma de tres mil seiscientos cuarenta millones quinientos diecisiete mil ciento treinta y seis pesos ($3.640.517.136) suma que resulta de la utilidad dejada de percibir por la empresa en razón a la declaratoria de caducidad, y equivale al 15% mensual de los ingresos netos obtenidos por PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. Impresora de valores en la actualidad en liquidación obligatoria, tomando en cuenta el promedio de ingresos netos mensuales en el año anterior que era la suma de $202.250.952, al prolongarla a una vida posible de empresa de diez años arroja la suma antes anotada, todo ello de acuerdo a la certificación firmada por la revisora fiscal de la demandante anexa a la presente demanda.*

14.2. Por su parte, el Ministerio Público (f. 422-433 c. 1) sustentó su recurso en lo que consideró una indebida utilización de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 17 de la Ley 1150 del 2007, pues s alegada contradicción con el artículo 29 constitucional no resulta, en su criterio, evidente. En concreto señaló:

*Revisada la providencia recurrida, encuentra este Agente del Ministerio Público que en ella se soslaya el análisis acerca de la supuesta inconstitucionalidad de la norma inaplicada, a la sazón el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 21007, señalando únicamente que el artículo 29 de la Carta Política establece la obligación de preexistencia de a ley para la imposición de sanciones.*

*Dicho con el mayor de los respetos, para esta Agencia Fiscal la pretendida contradicción entre la norma señalada y la disposición constitucional no es para nada ostensible, partiendo inclusive de la discusión acerca de si la imposición de multas tiene el carácter o no de sanción, aspecto que se suyo significa el carácter no palmario de la pretendida inconstitucionalidad de la norma.*

*De otra parte, y para abundar en argumentos, cabe anotar que cuando procede la excepción de inconstitucionalidad, debido a la infracción ostensible del principio constitucional, debe el operador jurídico señalar entonces cuál disposición constitucional sería la aplicable al caso, ya que ella debe entrar a suplir la inaplicada, análisis que también se echa de menos en el fallo recurrido.*

14.3. Finalmente, la Lotería de Bogotá pidió en su recurso revocar la sentencia en lo concerniente a la nulidad de la multa impuesta en la resolución n.º 0130 del 14 de abril del 2004, ya que la facultad para el efecto estaba estipulada de forma clara en la cláusula décimo cuarta del contrato n.º 066 del 2003 y este pacto entre las partes no repugna el querer de la Ley 80 de 1993 de dar prevalencia a la voluntad de las partes en la contratación administrativa. Agregó que la facultad fue reiterada por la Ley 1150 de 2007.

14.4. La lotería también se refirió a los argumentos expuestos por Ponce de León para la nulidad de la resolución de caducidad. Sobre el particular, señaló que hubo varias comunicaciones en las que se conminaba al cumplimiento del contratista, por lo que no puede alegar que se le impuso una media sorpresiva, dado que “*si un contratista sabe de su incumplimiento debe igualmente saber que puede existir la posibilidad de una declaratoria de caducidad*”. Así mismo, aseguró que de cualquier forma se respetó el debido proceso de Ponce de León porque se le permitió la interposición de recursos contra esa decisión.

15. El 6 de febrero del 2009 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 456 c. ppl), oportunidad en la que las partes actuaron así:

15.1. Ponce de León (f. 457-469 c. ppl) reprodujo de manera idéntica los argumentos que había expuesto en la sustentación de su recurso (ver supra párr. 14.1 a 14.1.11).

15.2. La Lotería de Bogotá (f. 470 c. ppl) solicitó expresamente que se tuvieran por alegatos finales lo que expuso en su recurso de apelación.

15.3. El Ministerio Público solicitó la confirmación de la sentencia, salvo en lo relativo a la excepción de inconstitucionalidad allí ejercida por el operador jurídico de primera instancia (f. 521-537 c. ppl).

15.4. La sociedad Suramericana de Seguros S.A. (f. 472-520 c. ppl) presentó los siguientes argumentos:

15.4.1. Pidió que se confirme la declaración de nulidad de la multa, entendiendo que tiene razón el tribunal en que no le asistía competencia a la lotería para hacerla efectiva directamente mediante acto administrativo. Incluso, en su sentir, si en gracia de discusión se acepta la no idoneidad de la excepción de inconstitucionalidad usada por el tribunal, de cualquier manera la Ley 1150 del 2007 que sí prevé la imposición de multas por acto motivado no resulta aplicable a la controversia por la fecha de celebración del contrato.

15.4.2. También pidió que se ratifique la sentencia en lo que tiene que ver con la reducción de la cláusula penal pecuniaria y la correspondiente modificación de la liquidación por esta causa. Sin embargo, a pesar de no haber apelado la sentencia, pidió que en caso de que se deba revocar o modificar la sentencia, se tengan en cuenta las causales de nulidad presentadas por su antecesor procesal, las cuales reprodujo en su totalidad nuevamente.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

16. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-2), según lo dispone el artículo 75[[3]](#footnote-3) del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía[[4]](#footnote-4), tiene vocación de doble instancia.

**II. Hechos probados**

17. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

17.1. El 16 de diciembre de 2003 la Lotería de Bogotá y la sociedad Ponce de León Hermanos S.A. Impresores de Valores en reestructuración suscribieron el contrato n.º 066 de tal fecha, para la impresión, custodia y entrega a los concesionarios, de los formularios para el juego de apuestas permanentes. La cláusula primera del acuerdo, en la que se consagró su objeto, indicó (copia auténtica del contrato n.º 066 del 16 de diciembre del 2003 –f. 1-14 c. 10-):

*PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a la impresión, custodia y entrega en bodega de EL CONTRATISTA a los Concesionarios de los formularios que se describen en los siguientes ítems: 1. 6.110.269 talonarios de cincuenta formularios cada uno, en original y copia, cosidos con gancho de alambre en la parte superior. Este tipo de formularios representa el 82.7% del volumen total a contratar. 2. 25.400.246 formularios en forma continua. Este tipo de formularios representa el 11% del volumen total a contratar. 3. 4.789.209 formularios en rollos térmicos por 200 formularios cada rollo. Este tipo de formularios representa el 1% del volumen total a contratar. 4. 2.309.112. formularios en rollos en papel bond por 1.000 formularios en cada rollo. Este tipo de formularios representa el 2% del volumen total a contratar. 5. 4.788.507 formularios en rollos términos por 200 formularios cada rollo. Este tipo de formularios representa el 2% del volumen total a contratar. 6. 2.500.000 formularios en rollos en papel bond por 500 formularios en cada rollo. Este tipo de formularios representa el 1.3% del volumen total a contratar. PARÁGRAFO PRIMERO: las especificaciones y características de impresión y seguridad y el procedimiento de bodegaje y entrega de los formularios, son los contenidos en la oferta presentada por la firma PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN, el 26 de noviembre de 2003, la cual hace parte integral de este contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: El diseño de impresión podrá ser modificado por la LOTERÍA DE BOGOTÁ en cualquier tiempo, para lo cual se dará aviso a EL CONTRATISTA con cuatro semanas de anticipación a la fecha de la respectiva entrega. PARÁGRAFO TERCERO: Las cantidades a imprimir por cada tipo de formulario podrán ser variadas, es decir, pueden aumentar o disminuir en cualquiera de estas modalidades, dependiendo de las necesidades comerciales, previa información por parte de LA LOTERÍA DE BOGOTÁ, a EL CONTRATISTA, con cuatro semanas de anticipación a la fecha de entrega. PARÁGRAFO CUARTO: En el evento de modificación, LA LOTERÍA DE BOGOTÁ se compromete a recibir los formularios que se encuentren impresos y en proceso de impresión a la fecha de notificación de la modificación.*

17.2. De acuerdo con la cláusula segunda del contrato, su valor se pactó en la suma de 2 999 999 172 incluyendo el IVA. Así mismo, según la cláusula primera, este monto se pagaría de la siguiente forma:

*TERCERA.- FORMA DE PAGO: LA LOTERÍA DE BOGOTÁ cancelará a LA EMPRES el valor del contrato así: 1. La suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($200.000.000.00) M/cte. como anticipo al perfeccionamiento del contrato, previa aprobación del plan de inversión del anticipo por parte del Supervisor, y de la póliza única que garantice el pago anticipado, y 2. El capital restante se cancelará mensualmente a EL CONTRATISTA, amortizando el anticipo dentro de los quince (15) días siguientes a la verificación por parte del funcionario designado para el efecto de la existencia de los formularios en las bodegas de EL CONTRATISTA, en la ciudad de Bogotá, verificación que se debe efectuar dentro de los ocho días siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva, según plan de compras suministrado, y previa presentación de la factura. El pago se hará en cheque girado al mismo.*

17.3. La duración del contrato se pactó, en su cláusula quinta, hasta el 31 de diciembre del 2004 o el agotamiento del presupuesto, mientras que su vigencia se pactó en la ocurrencia del plazo o la condición arriba anotadas, más cuatro meses adicionales.

17.4. Como obligaciones del contratista (cláusula novena), entre otras, se destacan la de mantener en sus bodegas existencias suficientes de formularios para cubrir las necesidades de por lo menos dos meses; imprimir los formularios de acuerdo con las características previstas en las cláusulas primera y sexta; destruir las planchas de los formularias una vez efectuada la entrega, responder por los perjuicios causados por deficiente impresión; y cumplimiento en la afiliación a seguridad social de sus trabajadores.

17.5. En las cláusulas novena, décima cuarta y decima quinta, se acordó entre las partes que de presentarse incumplimiento respecto de estas, la entidad contratante podría imponer multas mediante acto motivado, declarar la caducidad del contrato, según fuese el caso, de la siguiente manera:

*NOVENA: (…) El incumplimiento en el pago de estos aportes[[5]](#footnote-5) dará lugar a la imposición de multas sucesivas y a la declaratoria de la caducidad del contrato en los términos del artículo 1 de la Ley 828 de 2003 y artículo 50 de la Ley 789 de 2002.*

*(…)*

*DÉCIMA CUARTA.- MULTAS: Por incumplimiento parcial de EL CONTRATISTA, de las obligaciones estipuladas en el presente contrato y como acto independiente de la cláusula penal pecuniaria, si a ello hubiera lugar, LA LOTERÑIA DE BOGOTÁ podrá imponer multas sucesivas equivalentes al dos por ciento (2%) del valor del mismo, mediante resolución motivada, cuyo tope no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor total del contrato.*

*(…)*

*DÉCIMA QUINTA.- CADUCIDAD: En el evento que se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA o las causales previstas en la ley, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede producir a su paralización, LA LOTERÍA DE BOGOTÁ por medio de resolución motivada declarará la caducidad del mismo y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Una vez declarada la caducidad no habrá lugar a indemnización alguna para EL CONTRATISTA, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento, para entre otros efectos hacer efectiva la garantía a que se refiere la cláusula séptima de este contrato. También será causal de caducidad del contrato la establecida en el artículo 1º de la Ley 828 de 2003.*

17.6. La cláusula penal se pactó e la cláusula penal pecuniaria, así:

*DÉCIMA TERCERA.- CLÁUSULA PENAL: El valor de la cláusula penal para efectos del cálculo anticipado de los perjuicios, LA LOTERÍA DE BOGOTÁ la estima en una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, la cual se aplicará y hará efectiva en caso de incumplimiento de EL CONTRATISTA.*

17.7. El contrato n.º 066 del 2003 fue garantizado mediante la póliza de cumplimiento n.º 1033000185601, expedida por Agrícola de Seguros el 30 de diciembre del 2003, la cual contaba con una vigencia que iba desde el 17 de diciembre del 2003 hasta el 30 de diciembre del 2007. La póliza contenía tres amparos por cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y calidad de los bienes suministrados, los cuales tenían un valor asegurado, respectivamente, de $299 999 917, $149 999 958 y $299 999 917 (copia auténtica de la póliza de cumplimiento n.º 1033000185601 de Agrícola de Seguros –f. 15 c. 10-).

17.8. El correcto uso del anticipo fue garantizada con la póliza n.º 1033000185701 expedida por la misma compañía y en la misma fecha que la póliza de cumplimiento recién enunciada (copia auténtica de la póliza n.º 1033000185701 de Agrícola de Seguros –f. 17 c. 10-).

17.9. El 18 de diciembre del 2003 las partes del contrato n.º 066 del 2003 suscribieron el otrosí n.º en la que se encargó a la contratista la impresión y entrega de $99 486 880 en formularios adicionales, los cuales en principio debían ser producidos por la firma FESA S.A., que manifestó su imposibilidad para el efecto (copia auténtica del otrosí n.º 1 al contrato n.º 066 del 2003 –f. 18-20 c. 10-).

17.10. El 3 de febrero del 2004 se modificó el contrato para establecer como supervisor del mismo al subgerente administrativo y financiero de la lotería (copia auténtica de la modificación del 3 de febrero del 2004 al contrato n.º 066 del 2003 –f. 21-22 c. 10-).

17.11. El 24 de marzo del 2004 las partes suscribieron la adición modificatoria n.º 2 al contrato n.º 066 del 2003, en la que se precisó el objeto y el valor, de la siguiente forma (copia auténtica de la adición modificatoria n.º 2 al contrato n.º 066 del 2003 –f. 24-24 c. 10-):

*PRIMERA.- Modificar la cláusula primera del contrato 066 de 2003, la cual quedará así: PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a la impresión, custodia y entrega en la bodega de EL CONTRATISTA o en el lugar que lo solicite la Lotería, a los Concesionarios de los formularios que se describen en los siguientes ítems: 1. 6.110.269 talonarios de cincuenta formularios cada uno, en original y copia, cosidos con gancho de alambre en la parte superior. Este tipo de formularios representa el 82.7% del volumen total a contratar. 2. 25.400.246 formularios en forma continua. Este tipo de formularios cada uno, en original y copia, cosidos con gancho de alambre en la parte superior. Este tipo de formularios representa el 82.7% del volumen total a contratar. 2. 25.400.246 formularios en forma continua. Este tipo de formularios representa el 11% del volumen total a contratar. 3. 2.309.112. formularios en rollos en papel bond por 1.000 formularios en cada rollo. Este tipo de formularios representa el 2% del volumen total a contratar. 4. 2.500.000 formularios en rollos en papel bond por 500 formularios en cada rollo. Este tipo de formularios representa el 1.3.% del volumen total a contratar. SEGUNDA.- Modificar la cláusula segunda del contrato 066 de 2003, la cual quedará así: SEGUNDA.- VALOR: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato será la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS ($.2.482.750.336,00 M/cte.) por impresión, custodia y entrega; 2. TRECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOCIENTOS CUARENTA MIL CINCUENTA Y CUETRO PESOS ($397.240.054,00 M/cte.) por concepto de I.V.A. PARÁGRAFO: El valor unitario por ítem es: 1. CUATROCIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON 24/100 ($422,24 M/cte.) incluido I.V.A.; 2. DOCE PESOS CON 99/100 ($12,99 M/cte.) incluido I.V.A.; 3. DOCE PESOS CON 99/100 ($12,99 M/cte.) incluido I.V.A. 4. DOCE PESOS CON 99/100 ($12,99 M/cte.) incluido I.V.A. TERCERA.- PERFECCIONAMIENTO: La presente adición se perfecciona con la suscripción de las partes.*

17.12. El 26 de marzo del 2004 se suscribió la adición modificatoria n.º 3 al contrato n.º 066 de 2003, en la que se modificó la cláusula décimo novena para establecer como supervisor del contrato al jefe de la Unidad de Fiscalización y Control de Juegos de Apuestas Permanentes de la lotería (copia auténtica del acta modificatoria n.º 3 al contrato n.º 066 de 2003 –f. 26-27 c. 10-).

17.13. Posteriormente se suscribió la adición modificatoria n.º 4 al contrato n.º 066 de 2003, en la que se cambió la forma de pago así (copia auténtica del acta modificatoria n.º 4 al contrato n.º 066 de 2003 –f. 28-30 c. 10-):

*PRIMERA.- Modificar la cláusula tercera del contrato 066 de 2003, la cual quedará así: TERCERA.- FORMA DE PAGO: LA LOTERÍA DE BOGOTÁ cancelará a LA EMPRESA el valor del contrato así: 1. La suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($200.000.000.00) M/cte. como anticipo al perfeccionamiento del contrato, previa aprobación del plan de inversión del anticipo por parte del Supervisor, y de la póliza única que garantice el pago anticipado, y 2. El capital restante se cancelará mensualmente a EL CONTRATISTA, amortizando el anticipo dentro del funcionario designado para el efecto de la existencia de los formularios en las bodegas de EL CONTRATISTA, en la ciudad de Bogotá, verificación que se debe efectuar dentro de los ocho días siguientes a la fecha de radicación de la factura respectiva, según plan de compras suministrado, y previa presentación de la factura. De efectuarse el pago dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de expedición de la factura, se obtendrá un descuento del tres por ciento (3%) del valor antes de IVA. El pago se hará en cheque girado al mismo.*

17.14. Posteriormente se suscribió la adición modificatoria n.º 5 al contrato n.º 066 de 2003, en la que se precisó nuevamente el objeto y valor del contrato, de la siguiente manera (copia auténtica del acta modificatoria n.º 5 al contrato n.º 066 de 2003 –f. 31-33 c. 10-):

*PRIMERA.- Modificar la Cláusula Primera del contrato No. 066 de 2003, la cual quedará así: PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a la impresión, custodia y entrega en la bodega de EL CONTRATISTA a los Concesionarios de los formularios que se describen en los siguientes ítems: 1. 4.150.000 talonarios de cincuenta formularios cada uno, en original y copia, cosidos con gancho de alambro en la parte superior. 2. 25.4000.246 formularios en forma continua. 3. 2.309.112 formularios en rollos en papel bond por 1.000 formularios en cada rollo. 4. 2.500.000 formularios en rollos en papel bond por 500 formularios cada rollo. SEGUNDA.- Modificar la cláusula segunda del contrato 066 de 2003, la cual quedará así: SEGUNDA.- VALOR: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato será la suma la suma de DOS MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS ($2.144.715.560.00 M/cte.) incluido IVA, discriminados así: 1. MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($1.848.892.724.00 M/cte) por impresión, custodia, y entrega, y 2. DOSCIENTOS NOVENTA Y CINO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS ($295.822.836.00 M/cte.) por concepto de IVA. PARÁGRAFO: El valor unitario por ítem es: 1. CUATROCIENTOS VENITIDÓS PESOS CON 24/100 ($422,24 M/cte.) incluido IVA; 2. DOCE PESOS CON 99/100 ($12,99 M/cte.) incluido IVA; 3. DOCE PESOS CON 99/1000 ($12,99 M/cte.) incluido IVA, y 4. DOCE PESOS CON 99/100 ($12,99 M/cte.) incluido IVA.*

17.15. El 20 de octubre del 2004, en razón de la adición modificatoria n.º 5 arriba indicada, a solicitud de la sociedad contratista, Agrícola de Seguros modificó la póliza 1033000185601, dejando los amparos de la siguiente forma: a) cumplimiento - $214 471 556; b) pago de salarios y prestaciones - $107 235 778 y c) calidad de los bienes suministrados - $214.471.556.

17.16. El 14 de abril del 2004 el gerente general de la Lotería de Bogotá profirió la resolución n.º 000130 de tal fecha, mediante la que impuso una multa por incumplimiento parcial del contrato n.º 066 de 2003 a la sociedad Ponce de León por valor de $59 999 938. Como fundamento del acto se alegó falta de inventario en los términos pactados por las partes (copia auténtica de la resolución n.º 0001030 del 14 de abril del 2004 –f. 36-40 c. 10-):

*Que en visita de verificación de inventario de formularios de juegos de apuestas realizada el 5 de abril de 2004, se constató por parte de las funcionarias de la LOTERÍA DE BOGOTÁ, Luisa Irene Márquez Ávila, jefe de la Unidad de fiscalización, Inspección y Control de Juegos y Martha Liliana Durán Cortés, profesional universitario de la misma Unidad, que no existe el inventario establecido en la cláusula novena literal a. del contrato No. 066 de 2003, tal como se detalla a continuación:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *CONCESIONARIO* | *TIPO TALONARIO* | *CANTIDAD REQUERIDA* | *CANTIDAD ENCONTRADA* |
| *Sonapi S.A.* | *Manual* | *617.000* | *0* |
| *Forma continua* | *39.000* | *0* |
| *Amazonas* | *19.000* | *0* |
| *Térmico* | *50.000* | *0* |
| *Inversiones y Apuestas Arturo Echeverry H.* | *Manual* | *44.500* | *0* |
| *Forma continua* | *4.000* | *0* |
| *Térmico* | *5.000* | *0* |

*Que mediante memorando No. 1039244 del 6 de abril de 2004 el doctor Luis Guillermo Pardo Cardona, Subgerente Comercial de la Lotería de Bogotá, anexa el oficio de fecha 6 de abril de 2004, suscrito por la doctora Luisa Irene Márquez Ávila, Jefe de la Unidad de Fiscalización, Inspección y Control de Juegos y Apuestas Permanentes como interventora del mismo, en el cual se informa sobre el incumplimiento y se solicita se estudien las acciones a tomar.*

*(…)*

*Que teniendo en cuenta lo anterior y la información donde se señala el incumplimiento parcial por parte del CONTRATISTA a la LOTERÍA se hizo la evaluación jurídica correspondiente para dar aplicación No. 066 de 2003, pactada de común acuerdo, la cual se estima en un dos por ciento (2%) del valor total del contrato.*

17.17. La resolución fue objeto de recurso de reposición de Ponce de León el 13 de mayo del 2004, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la resolución 0177 del 28 de mayo del 2004, en la que se confirmó íntegramente la imposición de la multa (copia auténtica del recurso de reposición de Ponce de León S.A. contra la resolución n.º 0001030 del 14 de abril del 2004 –f. 42-58 c. 10-; copia auténtica de la resolución n.º 000177 del 28 de mayo del 2004 –f. 59-72 c. 10-).

17.18. El 9 de junio del 2004 Ponce de León formuló una propuesta para pagar en cuotas la multa, indicando además que realmente esta debió ser de $51 724 138, el 2% del valor del contrato sin IVA, porque el dinero correspondiente a este tributo nunca entró a las arcas de la sociedad contratista. La lotería respondió a esto con una aceptación parcial, pues accedió al pago de la multa en cuotas, pero indicó que la cuantía de esta no estaba en discusión (copia auténtica del oficio de Ponce de León del 9 de junio del 2004 –f. 75 c. 10-; copia auténtica del oficio de respuesta de la Lotería de Bogotá, sin fecha legible de expedición –f. 76-78 c. 10-).

17.19. El 21 de octubre del 2004 el gerente general de la Lotería de Bogotá expidió la resolución n.º 000326 de tal fecha, mediante la que declaró la caducidad del contrato n.º 066 del 2003. En concreto, la parte resolutiva del acto reza (copia auténtica de la resolución n.º 000326 del 21 de octubre del 2004 –f. 79-86 c. 10-):

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad del contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003, celebrado el 16 de diciembre de 2003, entre la Lotería de Bogotá y la sociedad comercial Ponce de León Hermanos S.A. Impresores de Valores en Reestructuración.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, declarar la terminación del contrato en estado en que se encuentre.*

*ARTÍCULO TERCERO: Ordenar la respectiva liquidación del referido contrato, la cual deberá realizarse en los términos previstos en la ley 80 de 1993.*

*ARTÍCULO CUARTO: Declarar la inhabilidad de la Sociedad PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUTIRACIÓN por el término de cinco (5) años para participar, por si o por interpuesta persona, en licitaciones, concursos o contrataciones directas y para celebrar contratos con entidades estatales.*

*ARTÍCULO QUINTO: Imponer a PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A.IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN como efecto de la caducidad que se declara por esta resolución y como pena pecuniaria prevista en la cláusula octava del contrato, a título de resarcimiento parcial de perjuicios, la obligación de pagar a la LOTERÍA DE BOGOTÁ la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS ($299.999.917.00 M/cte.), cuya cancelación deberá hacerse directamente en la Tesorería de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEXTO: Hacer efectivas las pólizas No. 1033000185701 y 1033000185601 expedidas por la Compañía Agrícola de Seguros, hasta por el valor de la pena pecuniaria que por esta resolución se impone y por la cuantía que resulte a deber el contratista de acuerdo con la liquidación del contrato.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: Notificar personalmente al representante legal de la sociedad comercial PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUTURACIÓN, y al representante legal de la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS el contenido de la presente resolución, haciéndoles saber que contra ella procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.*

*Si no pudiere hacerse la notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación, se fijará por edicto en lugar público de la entidad, por el término de diez (10) días.*

*ARTÍCULO OCTAVO: Una vez ejecutoriado el presente acto sancionatorio, publicar, por cuenta del contratista, la parte resolutiva del acto por dos (2) veces en un diario de amplia circulación nacional y en el Diario Distrital; y, comunicar a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo establecido en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993. En caso de que el contratista no efectúe la publicación, ésta se hará por parte de la Lotería de Bogotá, quien repetirá contra aquel.*

17.20. La parte considerativa de la resolución explica el incumplimiento del contratista durante la ejecución del contrato, empezando por la resolución 000130 del 2004 mediante la que se le impuso una multa por inexistencia de inventario. Pero principalmente, se argumentó que informes del 15 de octubre del 2004 y del 19 de octubre del mismo año, señalaban que en visitas a las instalaciones se evidenciaban serias irregularidades que sugerían la inminencia de una paralización del contrato, especialmente por falta de inventario. En concreto se señaló:

*Que el Subgerente General Comercial de la entidad, con las comunicaciones registradas con los números 1042890 y 1042911 del 15 y 19 de octubre de 2004 respectivamente, remitió a la Oficina Asesora Jurídica de la Lotería, los Informes de la Jefe de la Unidad de Fiscalización Inspección y Control de Juegos de la entidad, supervisora del contrato, correspondientes a las visitas practicadas a las instalaciones de la firma Ponce de león Hermanos S.A. Impresiones de Valores en Reestructuración, con el fin de que se adelanten las acciones correspondientes, informando que se reportan situaciones anómalas “…lo cual pone en alto riesgo el contrato con la empresa PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. EN REESTRUTURACIÓN”.*

*Que en los citados informes se consigna:*

*- Informe de fecha 15 de octubre de 2004.*

*“ De manera atenta le informo que hoy 15 de octubre de 2004 a las 10:00 de la mañana realicé visita de inventario a las instalaciones a la firma Ponce de León Hermanos S.A. y siendo atendida por el señor Luid Alberto León, jefe de producción, quien informó lo siguiente…*

*“1. Que el 12 de octubre de 2004, el señor Vicente Rodríguez renunció a su cargo de Presidente y Representante legal de la empresa por incapacidad laboral.*

*“2. Que la suplente del cargo, Silvia Ponce, también renunció el mismo día a ser Representante legal de la empresa.*

*“3. Que en este momento no se está produciendo ninguna clase de formularios por parte de la empresa, porque no hay materia prima y el personal no se encuentra laborando por instrucciones del Sindicato de la empresa.*

*“4. En existencia se encuentran siete cajas de formularios tipo forma continua para la lotería de Bogotá y una caja y media de formularios tipo manual, con numeración truncada para Inversiones t Apuestas Arturo Echeverri H.*

*“4 (sic). La solicitud de cesión del contrato a la empresa FESA S.A., no se realizó por parte del señor Vicente Rodríguez y en este momento no existe Representante Legal que pueda gestionar tal solicitud.*

*“5. Por último al tratar de hacer el recorrido de verificación por la planta, fue negada la entrada por parte de los señores del Comité de Vigilancia del Sindicato de la Empresa, con los cuales se llegó al acuerdo que el martes 19 de octubre de 2004 a las 8:00 de la mañana se haría inventario de las planchas, películas y todo el material de la Lotería de Bogotá, para su posterior destrucción en presencia de los funcionarios de la entidad.”*

*- Informe de fecha 19 de octubre de 2004.*

*“…dando alcance al informe presentado el 15 de octubre de 2004 y en mi calidad de supervisora del contrato 066 de 2003, de manera atenta le manifiesto que el día de hoy 19 de octubre, se realizó por parte de esta Unidad y de la Oficina de Control Interno Disciplinario (sic), la destrucción de las planchas y de todo el material de la Lotería de Bogotá, existente en las instalaciones de la empresa Ponce de León Hermanos S.A., previa autorización y citación del sindicato de dicha firma, quienes son los que en el momento, se encuentran a cargo de la misma.*

*“Al igual que el viernes 15 de octubre de 2004, no permitieron el ingreso a la planta y no se realizó inventario de las cajas de formularios existentes para la Lotería las cuales manifiestan que no saldrán de la empresa.*

*“Igualmente le informo que el señor Luis Alberto León, Gerente de producción, manifestó lo siguiente:*

*1. Se espera por estos días la orden de liquidación por parte de la Superintendencia de Sociedades.*

*2. Que no hay material, las máquinas se encuentran paradas y no se va a producir formularios para ninguna empresa.*

*3. Que esta semana se remitirán a la Lotería de Bogotá, las facturas que fueron devueltas sin el pago de los parafiscales, para que obre en la contabilidad de la empresa…”*

*Que de acuerdo con lo anterior, el Despacho encuentra verificado que actualmente el representante legal de la firma contratista presentó su renuncia, el igual que la suplente, que no se están produciendo formularios, que las existencias no son suficientes para cubrir las necesidades y, además, que no fue posible realizar un recorrido de verificación por la planta, por cuanto fue negada la entrada.*

*Que la firma Ponce de León Hermanos S.A. en Reestructuración no está en capacidad de cumplir con el objeto del contrato, lo cual se demuestra con los informes de visitas realizadas y con los recurrentes incumplimientos presentados, lo que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia su paralización.*

*Que en la actualidad la firma Ponce de León Hermanos S.A. en Reestructuración no está en capacidad de cumplir con el objeto del contrato, lo cual se demuestra con los informes de visitas realizadas, y con los recurrentes incumplimientos presentados, lo que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia su paralización.*

*Que en la actualidad la firma Ponce de León Hermanos S.A. Impresores de Valores de Reestructuración, no ha cancelado la totalidad de la multa impuesta. Igualmente, que el contratista no ha amortizado en su totalidad el anticipo entregado por la Lotería de Bogotá, según lo establecido en la Cláusula Tercera del contrato.*

*Que el artículo 18 de la ley 80 de 1993, el cual se refiere a la caducidad y sus efectos, entre otros, establece los siguientes:*

*- Que se debe dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*- Que el contratista se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley.*

*- Que la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.*

*Que en la Cláusula Décima Tercera del contrato se estableció que en caso de incumplimiento de las obligaciones, el contratista pegará a la Lotería a título de pena pecuniaria el diez por ciento (10%) del valor del contrato, o sea la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS ($299.999.917.00 M/Cte.). El valor de la cláusula penal pecuniaria se considera como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la Lotería (…).*

17.21. Tal como lo ordenó el numeral tercero de la parte resolutiva de la resolución 000326 del 2004, el 10 de diciembre de ese año el gerente general de la Lotería de Bogotá expidió la resolución n.º 000374, mediante la que se liquidó el contrato, de la siguiente forma:

*(…) Que el estado financiero del contrato es el siguiente:*

*VALOR INICIAL DEL CONTRATO $2.999.999.172.00*

*ADICIÓN DE FECHA 24-03-04 -$130.008.782.00*

*ADICIÓN DE FECHA 09-08-04 -$725.274.830.00*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO $2.144.715.560.00*

*VALOR EJECUTADO $1.793.130.612.00*

*SALDO FINAL A FAVOR DE LA*

*LOTERÍA DE BOGOTÁ $405.584.948.00*

*Valores adeudados a la Lotería de Bogotá por la firma Ponce de León Hermanos S.A. Impresores de Valores en Reestructuración*

*Saldo amortización del anticipo a favor*

*de La Lotería de Bogotá: $45.765.540.00*

*Pena pecuniaria – declaratoria de*

*Caducidad $299.999.540.00*

*Saldo multa a favor de la entidad: $25.925.768.00*

*Valor publicaciones: $318.000.00*

*Publicación Diario Distrital: $21.600.00*

*Saldo total a favor de la entidad: $372.030.825.00*

*Que la garantía constituida que amparaba el cumplimiento del contrato es la siguiente:*

*AGRÍCOLA DE SEGUROS NIT 860.002.527-9*

*PÓLIZA CUMPLIMIENTO: No. 1033000185601*

*VIGENCIA RIESGO FECHA*

*Cumplimiento 17-12-03 al 30-04-05*

*Calidad 17-12-03 al 30-04-05*

*Salarios 17-12-03 al 30-12-07*

*VALOR ASEGURADO:*

*Cumplimiento $299.999.917.00*

*Calidad $299.999.917.00*

*Salarios $149.999.958.00*

*PÓLIZA CUMPLIMIENTO: No. 1033000185701*

*VIGENCIA DEL*

*SEGURO: RIESGO FECHA*

*Anticipo 17-12-03 al 30-04-05*

*VALOR ASEGURADO:*

*Cumplimiento $200.000.000.00*

*Que es necesario finiquitar la relación contractual con el contratista PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN REESTRUCTURACIÓN.*

*RESUELVE*

*PRIMERO: Liquidar unilateralmente el contrato de impresión, custodia y entrega de formularios para el juego de apuestas permanentes No. 066 de 2003, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

*SEGUNDO: Notificar al contratista, haciéndole saber que contra la presente Resolución procede Recurso de Reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 50 y 51 del Código Contencioso Administrativo.*

**III. Problema jurídico**

18. De acuerdo con lo expuesto en las demandas del contratista y la aseguradora, lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia, y los argumentos formulados por Ponce de León y la Lotería de Bogotá en sus apelaciones[[6]](#footnote-6), la Sala resolverá en el presente caso sobre la legalidad de los actos administrativos que, en el marco del contrato n.º 066 del 2003, impusieron una multa por incumplimiento parcial, declararon la caducidad del contrato por riesgo de paralización y en consecuencia liquidaron la relación contractual.

**IV. Análisis de la Sala**

**Resolución n.º 000130 del 14 de abril del 2004 y su confirmatoria n.º 000170 del 28 de mayo del 2004, por las que se impuso la multa**

19. En síntesis, el recurso de apelación de la Lotería de Bogotá tiene como principal motivo de disentimiento con la sentencia de primera instancia la decisión en ella contenida de declarar la nulidad de la resolución por la que se impuso la multa por incumplimiento parcial a Ponce de León por ausencia de inventario, la cual se basó en la falta de competencia de la entidad estatal para el efecto. Alega, en pocas palabras a entidad contratista que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que sí la asistía esa facultad porque fue pactada por las partes en el clausulado del contrato.

20. La Sala desestimará este argumento y no revocará la sentencia apelada en este punto, dado que es claro que la Ley 80 de 1993, aplicable a este caso por el momento de su celebración, ejecución parcial y liquidación, no previó la facultad de imposición de multas mediante acto administrativo, sin que ello pudiese ser contrariado por la voluntad de las partes, tal como se explica a continuación.

21. En tanto las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 son verdaderas normas de orden público que constituyen el desarrollo legislativo del mandato constitucional previsto en el artículo 150 de la Constitución que estableció como una de las funciones a cargo del Congreso de la República dictar un estatuto para reglar la contratación de las entidades estatales, la Sala debe realizar un análisis integral sobre la forma en que se expidió el acto administrativo y la competencia con la que contaba la administración para el efecto, el cual debe incluir, pero no limitarse a, los aspectos que la parte demandante ha tenido a bien determinar como conceptos de violación legal o constitucional.

22. En el régimen contractual previo a la expedición de la Ley 80 de 1993, en general regido por el Decreto 222 de 1983, era claro que la imposición de sanciones económicas declarables mediante acto administrativo motivado, para los propósitos arriba anotados, estaba en cabeza de la entidad estatal demandada, tal como lo preveía esa norma en su artículo 71, que de hecho establecía una obligatoriedad de incluir disposiciones en este sentido en los contratos perfeccionados bajo su rigor:

*Art. 71.- De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto. En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.*

23. En consonancia con la norma, esa facultad fue reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación, que la entendió como propia de las entidades estatales sin mayores limitaciones, salvo aquellas derivadas del propio artículo 71 del Decreto 222 de 1983, es decir, que el contrato no fuere de empréstito y que en verdad se tratara de un contrato gobernado por el estatuto contractual, siéndole vedada a la administración la inclusión de esa potestad en otro tipo de contratos[[7]](#footnote-7):

*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.*

24. Cabe resaltar que la Subsección, aunque no ha variado la posición de la procedencia del pacto de multas y su imposición por acto administrativo en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, incluyó otra limitación al advertir que ello solo podría producirse en el entendido de que la imposición se hiciere aún dentro del término previsto como plazo de ejecución del contrato, ya que lo contrario implicaría desconocer el carácter fundamental de apremio para el contratista que tiene ese tipo de sanción. Así, en sentencia del 25 de agosto del 2011 se sostuvo que[[8]](#footnote-8):

*En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: “No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo[[9]](#footnote-9), sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual[[10]](#footnote-10).*

25. La situación fue sustancialmente diferente con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, dado que en su articulado nada se previó sobre la facultad que de manera expresa sí se había consagrado en el anterior régimen y más allá de algunas marginales referencias de carácter general a trámites y deberes de las entidades respecto de multas y sanciones[[11]](#footnote-11), no se incluyó la posibilidad de pactar una multa por la mora en el cumplimiento del contenido obligacional de un contrato en lo que atañe al contratista, la cual fuera susceptible de ser impuesta mediante un acto administrativo.

26. El silencio sobre este aspecto en el estatuto de contratación estatal fue interpretado de diferentes formas por la Sección, que en principio consideró ello no era óbice para el uso de la facultad por parte de la administración, ya que era consustancial a su potestad de autotutela y propia de su deber de hacer cumplir los fines estatales mediante la ejecución de la función contractual, siempre que en uso de la autonomía de la voluntad que enmarca a la Ley 80 de 1993, se hubiere pactado ese evento[[12]](#footnote-12):

*Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista*

27. Sin embargo, esta postura fue posteriormente recogida por la Sección, para en su lugar considerar que no era posible la imposición, mediante la expedición de un acto administrativo, de una multa por incumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que expresamente se hubiese pactado una cláusula en tal sentido, dado que en tal evento se hace necesaria una declaración judicial sobre el incumplimiento, puesto que las potestades sancionatorias deben provenir de la ley, lo cual, como se dijo ya, no ocurre en vigencia de la Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-13):

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.*

28. Esta postura sería reiterada el 23 de septiembre del 2009, en un asunto en el que si bien se determinó que el contrato en el que se enmarcaba la situación puesta a consideración de esta jurisdicción era regido únicamente por las normas del derecho privado dado las funciones financieras de una de las partes, se afirmó con claridad que las normas de la Ley 80 de 1993, al igual que ocurre con las de naturaleza privada, carecen de disposición alguna que permita a la administración imponer unilateralmente una sanción pecuniaria por la mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista[[14]](#footnote-14):

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

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

29. Finalmente, la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado:

*Art. 17.- Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

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

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

30. Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del parágrafo transitorio del artículo 17, mas esta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato[[15]](#footnote-15):

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

31. Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya[[16]](#footnote-16).

32. Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe mantenerse la nulidad de los actos demandados (Resolución n.º 000130 del 14 de abril del 2004 y su confirmatoria n.º 000177 del 28 de mayo del 2004), en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

33. Se aclara que a pesar de que en la cláusula décima cuarta del contrato 066 del 2003 las partes otorgaron esa prerrogativa a la entidad contratante y hoy demandada, la autonomía de la voluntad de las partes no puede soslayar el principio de legalidad, el cual resulta de especial relevancia en el caso de las sanciones a particulares, dado que es claro que una disposición contractual no puede ir directamente en contra de una norma de orden público.

34. Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia *sub júdice* en este aspecto. Asimismo, se declarará oficiosamente la nulidad de la cláusula décimo cuarta del contrato 066 del 2003 suscrito entre las partes, dada su abierta ilegalidad, al arrogar a la administración una competencia de autotutela que no le otorgó el legislador.

35. Finalmente en este aspecto, la Sala revocará la sentencia en su artículo primero, en el que se declaró la excepción de inconstitucionalidad de parte del artículo 17 de la Ley 1150 del 2007, pues esta declaración no era necesaria porque esta norma únicamente previó la posibilidad de que las entidades estatales aplicaran multas en contratos suscritos antes de su vigencia en las específicas circunstancias reseñadas en el párrafo 30 de esta decisión, las cuales no se dan en este evento particular, al tratarse de un contrato que, como ya se ha explicado, se celebró, ejecutó y liquidó mucho antes de que siquiera entrase en vigencia la Ley 1150 de 2007.

**Resolución n.º 000326 del 21 de octubre del 2004, por la que se declaró la caducidad del contrato**

36. El recurso de apelación de la sociedad Ponce de León S.A. plantea básicamente tres irregularidades en la expedición de la resolución n.º 00326 del 2004, que, principalmente, declaró la caducidad del contrato n.º 066 del 2003. En tal sentido, en un resumen escueto y somero, pueden caracterizarse estos alegatos como violación del debido proceso, falsa motivación y violación a lo previsto en la Ley 222 de 1995.

37. La Sala advierte que en el presente caso, efectivamente se presentó una violación al debido proceso de Ponce de León en la expedición de la resolución de caducidad del contrato n.º 066 del 2003, en cuanto la iniciación del proceso sancionatorio en concreto nunca fue comunicado a la contratista, según se explica a continuación.

38. El debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) es un principio jurídico y al mismo tiempo un derecho identificado como un conjunto de garantías cuya aplicación conlleva a la toma de decisiones justas en las que se tenga en consideración los argumentos de los afectados antes de la decisión.

39. La norma constitucional estableció la obligación de atender el debido proceso en todas las actuaciones administrativas como una garantía para los particulares[[17]](#footnote-17), de lo cual se desprenden dos elementos fundamentales: por un lado la realización de una actuación previa a la toma de la decisión en la que se respeten las normas aplicables al caso y en el que se garantice la contradicción del ciudadano, y por otro, que la autoridad que adelante este proceso y tome la decisión sea la competente para el efecto.

40. Lo anterior también se desarrolla en el Código Contencioso Administrativo al señalar en su artículo 84 que las causas por las que se puede demandar la nulidad de un acto administrativo no son únicamente aquellas derivadas del desconocimiento del acto administrativo de las normas en las que debería fundarse, sino “*cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*”

41. Esto quiere decir que en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y en concordancia con la Constitución Política, la vulneración del debido proceso se erige como una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos.

42. Ahora bien, es claro que la prerrogativa administrativa de declarar la caducidad del contrato fue prevista en la Ley 80 de 1993, particularmente en su artículo 14, como una facultad extraordinaria para evitar la paralización de la ejecución del contrato y como tal no se estableció allí un proceso concreto que debiera ser desarrollado de forma previa a su ejercicio. Sin embargo, sí resulta claro que esta medida no debe ser sorpresiva para el contratista y debe garantizarse su derecho de contradicción y defensa porque de cualquier manera se trata de un acto que debe respetar el procedimiento administrativo general consagrado en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de las decisiones de la administración[[18]](#footnote-18).

43. En el caso concreto, habría que iniciar por señalar que desde la lectura de la motivación del acto administrativo en cuestión se observa el defecto en comento, en consideración a que en ella se hace referencia a los informes 1042890 y 1042911 del 15 y 19 de octubre del 2004 de la supervisión del contrato, en los que, de acuerdo a la resolución demandada, se evidenciaba el ostensible incumplimiento del demandante y la inminencia de la paralización del contrato, pero nada se consignó acerca de que en alguna manera se le hubiese requerido o se le hubiera dado la oportunidad a Ponce de León Hermanos S.A. para que tuviese la oportunidad de rebatir las conclusiones alcanzadas por la supervisora, o al menos hubiese podido pronunciarse sobre dichos informes.

44. Por el contrario, apenas dos días después de que se llevaran a cabo las visitas, y básicamente con sustento únicamente en tales informes, se declaró la caducidad del contrato.

45. En efecto, la Sala encuentra que hay comunicación cruzada entre la lotería y Ponce de León respecto de la forma en la que se estaba ejecutando el contrato, pero ninguna resulta posterior a la fecha de los informes, ni tampoco en ellas se establece con claridad la advertencia al contratista de la iniciación de un procedimiento que pudiese derivar en la declaración de caducidad del contrato.

46. Por ejemplo, el 4 de marzo del 2004 el gerente general de la Lotería de Bogotá había señalado que *“de no ser solucionados los inconvenientes presentados…”* refiriéndose a quejas formuladas por los operadores de juegos y apuestas permanentes que eran destinatarios de los formularios objeto del contrato, *“…esta entidad se encuentra facultada para hacer uso de los mecanismos coercitivos pactados en el contrato”*, afirmación que resulta genérica y no se refirió concretamente a la medida que finalmente se impuso (f. 178-181 c. 15).

47. Se destaca también la última comunicación que se produjo de la lotería a Ponce de León antes de la declaratoria de la caducidad, la cual data del 8 de octubre del 2004 y tiene sello de recibido por el contratista el 15 siguiente (f. 118-122 c. 16). En esta, el gerente general manifiesta a Ponce de León que el estado de la ejecución contractual presenta graves problemas y existe la amenaza de la paralización de las actividades, pero en ningún momento se informa de la apertura de un procedimiento para la imposición de la sanción de caducidad. Por el contrario, se habla de la posibilidad de terminar el contrato de común acuerdo, posibilidad que, de acuerdo con el escrito, habría sido ya discutida y aceptada por el contratista. En concreto se indicó al respecto:

Como consecuencia de lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado por los artículos 68 y 69 del Estatuto de Contratación Pública y considerando precisamente que esa empresa se encuentra en proceso de reestructuración, es que se planteó una terminación del contrato por mutuo consentimiento.

Para concretar la medida antes señaladas, respecto de la cual ustedes han manifestado su aceptación, es obligación de los administradores prever la forma en que se van a cancelar los valores pendientes de pago por parte de la firma contratista.

48. De hecho, resulta destacable que en la comunicación, en la que además se discute la posibilidad de ceder el contrato, termina con la afirmación de que la entidad está en disposición de encontrar soluciones diferentes a la declaratoria de caducidad:

*De acuerdo con lo expuesto, reiteramos la disposición de la administración a mi cargo para estudiar mecanismos de solución de conflicto diferentes a la terminación unilateral o la caducidad, pero siempre que se garantice el recaudo oportuno de las sumas debidas por esa empresa y la continuidad en la prestación del servicio a cargo de la entidad, tema que no admite dilación alguna por el apremio que existe en materia de suministro de talonarios que constituyen la materia prima para el juego de apuestas permanentes.*

49. Así las cosas, es claro que a pesar de que hubo comunicaciones relativas al incumplimiento del contratista, nunca se le informó al contratista debida y formalmente de la iniciación de un procedimiento sancionatorio en su contra, ni se le dio la oportunidad de pronunciarse al respecto y ejercer si derecho de defensa, por lo que el acto demandado, en el que se declaró la caducidad del contrato n.º 066 de 2003 será anulado.

50. No ignora la Subsección que la defensa de la Lotería de Bogotá se ha basado en el supuesto respeto que se tuvo al debido proceso del contratista porque se le dio oportunidad de interponer los recursos de ley en la vía gubernativa, pero para la Sala esto no es suficiente para garantizar el debido proceso de Ponce de León, porque esa oportunidad es posterior a la imposición de la medida coercitiva de la administración.

**La liquidación del contrato**

51. El recurso de apelación de la sociedad Ponce de León S.A. se refirió únicamente a la resolución mediante la que se declaró la caducidad y su confirmatoria, sin aludir a la liquidación del contrato, acto que no fue anulado por el *a quo*, sino que fue modificado para descontar del mismo el valor de la multa impuesta por la Lotería de Bogotá -de la cual ya se confirmó su ilegalidad-, y corregir el valor de la cláusula penal pecuniaria impuesta de acuerdo con el valor exacto del objeto contractual y la proporción del contrato que fue efectivamente ejecutado.

52. El silencio en este aspecto implica la imposibilidad de la Sala para evaluar la legalidad de la resolución de liquidación unilateral. Sin embargo, esta sí se modificará en lo que resulta forzoso en su contenido, de acuerdo con la nulidad de la decisión administrativa que declaró la caducidad administrativa del contrato n.º 066 del 2003.

53. Es así como la resolución n.º 000374 del 10 de diciembre del 2004 será modificada en lo que tenga que ver con los efectos derivados de la n.º 326 del 21 de octubre del 2004 que declaró la caducidad, particularmente en la imposición de la cláusula penal pecuniaria y los valores de la publicación del acto anulado, que se incluyeron en el corte de cuentas a cargo del contratista.

**Otros rubros deprecados por la sociedad contratista**

54. Como se puede observar en el párrafo 14.1.12. de esta decisión, como consecuencia de la nulidad de la resolución n.º 326 del 2004 que declaró la caducidad del contrato n.º 066 del 2003, Ponce de León pidió en su recurso de apelación la indemnización de daño emergente y lucro cesante por varios rubros. Se resolverá ese aspecto.

55. Se negará la indemnización por el valor del impuesto de timbre del contrato, la publicación en el diario oficial y el valor de la pólizas de cumplimiento, manejo del anticipo y seriedad de la oferta. Esto, debido a que es evidente que estos son costos en los que el demandante de cualquier manera tenía que incurrir como requisito de ejecución del contrato, y no devienen como consecuencia de la caducidad del contrato.

56. Respecto del valor del contrato dejado de percibir por la sociedad, al cual calcula el contratista en la suma de $109.000.000, la Sala considera que es innegable que la causa principal de la cesación de ejecución del contrato es la declaratoria de caducidad, pues esta implicó su terminación en el estado en que se encontraba. Por tanto, la anulación de la caducidad implica que debe indemnizarse al demandante, pero no por el valor del contrato que restaba por ejecutarse, sino por el valor de la utilidad esperada por el contratista.

57. Usualmente los documentos contractuales contienen la especificación del monto al que asciende la utilidad esperada por el contratista, particularmente la propuesta formulada en su momento por este con el objetivo de ser seleccionado como adjudicatario. Sin embargo, aunque en el presente caso se cuenta con la propuesta formulada por Ponce de León S.A. en el marco del contrato n.º 066 de 2003 (f. 177-193 c. 13), esta sólo indica como valor de la misma la suma de $2 999 999 172, 05, pero no discrimina el porcentaje de este al que correspondería la utilidad. Tampoco son útiles para el efecto el contrato como tal, o el pliego de condiciones.

58. Por lo tanto, se condenará en abstracto a la Lotería de Bogotá el pago de la utilidad esperada por el demandante por el remanente del contrato n.º 066 del 2003 pendiente de ejecutar para el momento de la declaración de caducidad, indemnización que quedará pendiente del correspondiente incidente de liquidación, el cual deberá ser adelantado por el demandante ante el tribunal  *a quo*.

59. En este incidente deberá decretase una prueba para determinar el porcentaje de utilidad esperada que es usual en este tipo de contratos, porcentaje que luego deberá ser confrontado con el valor que de acuerdo con la liquidación unilateral del contrato contenida en la resolución n.º 000374 del 10 de diciembre del 2004 quedaba pendiente de ejecutar. El valor resultante deberá ser objeto de los intereses previstos en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, es decir, el doble del legal civil o 12%.

60. Por otra parte, se negará el valor de las facturas no pagadas, en cuanto este aspecto fue negado por la sentencia apelada y nada nuevo se señaló al respecto en el recurso de apelación, además de que no hay pruebas fehacientes de que en efecto no se hubiese cancelado el valor de esas facturas.

61. Finalmente, se negará el valor del supuesto daño al goodwill de la compañía Ponce de León y el lucro cesante solicitado por la entrada en liquidación obligatoria de dicha sociedad, dado que ambos conceptos dependen de una circunstancia que no se probó, la cual es que la causa de esa liquidación radicara únicamente en la imposibilidad de la sociedad comercial de ejecutar en su totalidad el contrato *sub judice*.

**V. Costas**

62. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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

#### FALLA

**PRIMERO. Modificar** la sentencia del 21 de mayo del 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia, cuya parte resolutiva quedará así:

*PRIMERO: Se declara la nulidad de la Resolución No. 000130 del 14 de abril de 2004, confirmada por la resolución No. 000177 del 28 de mayo de 2004.*

*SEGUNDO: Se declara, de oficio, la nulidad de la cláusula décimo cuarta del contrato n.º 066 del 16 de diciembre del 2003.*

*TERCERO: Se declara la nulidad de la Resolución n.º 000326 del 21 de octubre del 2004 por la que se declaró la caducidad del contrato n.º 066del 16 de diciembre del 2003.*

*CUARTO: Se modifica la Resolución No. 000374 del 10 de diciembre de 2004, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 066 de 2003, la cual quedará así:*

*VALOR INICIAL DEL CONTRATO $2.999.999.172*

*ADICIÓN DE FECHA 24-03-04 $-120.008.782*

*ADICIÓN DE FECHA 09-08-04 $-735.274.830*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO $2.144.715.560*

*VALOR EJECUTADO $1.793.130.612*

*SALDO NO EJECUTADO DEL CONTRATO $351.584.948*

*VALORES ADEUDADOS A LA LOTERÍA DE BOGOTÁ POR LA FIRMA PONCE LE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA*

*SALDO NO AMORTIZADO DEL ANTICIPO*

*A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ $45.765.540*

*VALOR ADEUDADO POR LA LOTERÍA DE BOGOTÁ A LA FIRMA PONCE DE LEÓN HERMANOS S.A. IMPRESORES DE VALORES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA*

*POR CONCEPTO DE FACTURAS QUE FUERON DESCONTADAS DE LA MULTA DECLARADA NULA $-38.822.880*

*SALDO TOTAL A FAVOR DE LA LOTERÍA DE BOGOTÁ SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS ($6.942.660) a diciembre de 2004, suma de dinero que actualizada a la fecha de la sentencia, en aplicación del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, asciende a la suma de ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS. ($$11.802.522)*

*QUINTO: Condenar en abstracto a la Lotería de Bogotá a pagar a la sociedad Ponce de León S.A., o quien haga sus veces, el valor correspondiente a la utilidad esperada por la sociedad Ponce de León, monto que deberá concretarse en incidente de liquidación de perjuicios que deberá adelantar el interesado ante el tribunal de primera instancia de acuerdo con los parámetros establecidos en el párrafo 59 de esta decisión.*

*SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda*

*SÉPTIMO: Sin condena en costas*

*OCTAVO: La presente sentencia se cumplirá conforme a los términos de los artículos 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo.*

*NOVENO:: Una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría liquídense los gastos de proceso, Adviértase al demandante que sí pasados 2 años, contados a partir de la liquidación de los gastos, no los reclama, se declarará la prescripción de los mismos, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Acuerdo 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

**SEGUNDO.** Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Magistrada**

**Aclara voto**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Impedido**

.

1. La demanda de la aseguradora establece de forma equivocada este número de identificación de la resolución que declaró la caducidad del contrato n.º 066 del 2003. Sin embargo, de acuerdo con las pruebas del proceso, es claro que realmente este acto administrativo fue la resolución n.º 000326 del 21 de octubre del 2004. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tomando en consideración que una de las partes que celebró el contrato materia de discusión –Lotería de Bogotá- es una Empresa Industrial del Distrito Capital de Bogotá (Decreto Distrital 407 del 18 de abril de 1974), éste se encontraba regido por la Ley 80 de 1993 en todo aquello que no estuviera expresamente regulado en el Decreto 1421 de 1993, régimen especial del distrito, según lo dispone el artículo 144 de dicha norma. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (…)”*. [↑](#footnote-ref-3)
4. La más alta pretensión formulada en ambas demandas es la de lucro cesante deprecada por Ponce de León, que pidió que se le indemnice por la utilidad dejada de percibir, la cual calculó en $3 640 517 136. Por la fecha de interposición de los recursos de apelación (13 de junio del 2008, y 18 de junio del 2008) se aplica en este punto el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 2005 fuera conocido por los tribunales administrativos en primera instancia y en segunda por el Consejo de Estado, debía ser superior a 500 SMMLV, los cuales equivalían para ese momento a $190 750 000. [↑](#footnote-ref-4)
5. Se refiere a los partes de seguridad social de los trabajadores de Ponce de León. [↑](#footnote-ref-5)
6. La apelación del Ministerio Público no puede resolverse en el asunto particular, dado que de su lectura se advierte que en ella su agente no alegó de forma expresa una de las causales previstas en la providencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación respecto de la potestad de dicha institución para intervenir como recurrente, es decir i) la protección del patrimonio público, ii) la defensa del orden jurídico, o iii) la protección y garantía de los derechos fundamentales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 17 de septiembre del 2014, expediente 44541, C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288, CP. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 14461, CP. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-8)
9. [9][12] Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, expediente 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. 14.289. [↑](#footnote-ref-9)
10. [10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, expediente 18496, CP. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. “*Art. 22. De los registros de proponentes.- (…) En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración”.*

    *“22.1 De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta”.*

    *“Art 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias.- La parte resolutiva de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación. Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes. La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 1998, expediente 13988, CP. Ricardo Hoyos Duque. Esta postura fue reiterada por la Sección en sentencia del 20 de junio del 2002, expediente 19488, con ponencia del mismo Consejero. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579, CP. Germán Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, CP. Enrique Gil Botero**.** [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 24639, CP. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio del 2008, expediente 21574, CP. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, expediente 24306, CP. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-16)
17. Al respecto la Corte Constitucional indicó en sentencia T-1083 del 29 de octubre de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño: *“El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.*

    *El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.*

    *En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso.”* [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de abril del 2015, expediente 37607, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-18)