

CONTRATO ESTATAL – Principio rector –Ley 1150 de 2007 – Art. 17

Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Dispone este precepto:

Artículo 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.

CONTRATO ESTATAL – Suspensión provisional

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. Su procedencia está determinada por la evidente, ostensible, notoria o palmaria vulneración del ordenamiento jurídico, establecida mediante la confrontación de un acto administrativo con el universo normativo superior al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la manifiesta infracción exigida en la norma. Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Debido proceso – Evolución – Matices – Variables

Para enmarcar el estudio del recurso de apelación, es necesario hacer unas precisiones teóricas sobre el alcance y contenido del derecho al debido proceso en materia administrativa, y en especial en materia contractual, como quiera que constituye la ratio para estudiar el cargo más importante del apelante contra la decisión del a quo, y que habrá de prosperar. No obstante la afirmación categórica que pronuncia el inciso primero, y que parece no dar espacio a la duda sobre el ámbito general de aplicación de este derecho, lo cierto es que su evolución se puede vislumbrar en el tiempo de la siguiente forma, para mostrar la importancia simbólica y práctica que representó la expedición de la Constitución Política, en función de esta garantía esta norma es sustancialmente más prolija en cuanto a los derechos que recoge. En efecto, las garantías que ofrece la Constitución vigente superan ampliamente, en número e intensidad, lo que en el pasado ofreció el

derecho público a los procedimientos administrativos, de ahí su importancia histórica. Por eso, el siguiente período importante en esta historia empieza con la actual Constitución. En todo caso, en primer lugar, la evaluación que hoy se hace del tema conduce a admitir, de un lado, que el número de derechos que integran el debido proceso supera con creces los que en el pasado conoció el derecho administrativo legislado especialmente el CCA y en esa medida se fortaleció la posición de las partes involucradas en una actuación administrativa con las nuevas garantías. De otro lado, pese a que la Constitución no estableció límites a la vigencia plena del derecho, la jurisprudencia y la doctrina se resisten a aplicar en forma pura y simple algunas garantías que lo integran; por último, y del mismo modo que frente a las garantías de las cuales admite su vigencia, introduce una técnica de incorporación al procedimiento administrativo conocida como la de los «matices». Para algunos, matizar el derecho lo debilita, por la pérdida de una parte del contenido que necesariamente se sacrifica; para otros se trata de un paso necesario que permite implementar racionalmente su aplicación a los procedimientos de la administración pública. Sin embargo, se trata de un progreso que no ha sido uniforme para todos los procedimientos administrativos, sino desigual y marcadamente aislado entre ellos. Pero lo común a todos es que existe una especie de inclinación hacia el desarrollo, la evolución y el crecimiento en el garantismo administrativo.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Debido proceso – Evolución jurisprudencial

Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas garantías del debido proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado. Sin embargo, a nivel de conclusión informada y detallada del tema, hay que precisar de qué manera y qué derechos, en concreto, se han incorporado a los procedimientos contractuales, así como también se deben identificar aquéllos sobre los cuales persisten las dudas en integrarlos a esta área del derecho. Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. Para la Sala, no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual.

DEBIDO PROCESO – Vigencia y alcance

En términos estrictos, esta protección asegura a los ciudadanos para que sólo la Ley, en sentido formal o material –es decir, los decretos con fuerza de ley-, establezca las faltas y las sanciones por las que se reprocha una conducta, tal es el caso del derecho penal -el más emblemático de todos-, pero también del derecho disciplinario o del fiscal, donde la garantía rige en forma fuerte. Por tanto, en materia contractual es jurídicamente posible que la ley no contemple todas las faltas y las sanciones que se derivan del comportamiento contractual, sino que, tratándose por lo menos de las multas o de la cláusula penal, las partes tienen la facultad de hacerlo, por autorización del derecho privado, con fundamento en la autonomía de la voluntad. En tal caso, el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual- contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso. Lo mismo aplica cuando es el contratista quien pretende, ante el juez, que se imponga una sanción que no se pactó, es decir, que la protección opera en ambos sentidos del contrato. Sin embargo, tampoco es obvia la posibilidad de que en todo negocio jurídico las partes pacten las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones que adquieren –salvo que estén establecidas en la ley y luego las partes pacten las causas que dan lugar a ellas, y en tanto tengan competencia para imponerlas.

DEBIDO PROCESO – Procesos contractuales– Derechos

Alude a que la potestad sancionatoria cuente con la asignación previa de la competencia para imponer la medida coercitiva o limitadora de la libertad. Se trata de la atribución previa de la facultad correctiva sobre el contratista. En efecto, la garantía del juez o tribunal competente se refiere, en materia administrativa, a la asignación de competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones contractuales, pues ella tiene la facultad para hacerlo. En otras ocasiones, y frente a otro tema, la Sala debió precisar si la administración podía imponer las multas y la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, adoptando tesis que se han opuesto en el tiempo, hasta concluir, con base en el art. 17 de la ley 1.150 que se tiene la competencia para hacerlo. En conclusión, el derecho a que el juez o tribunal sea competente para adoptar una decisión rige en materia sancionatoria contractual, e inclusive en los procedimientos no sancionatorios, lo que tiene apoyo en el art. 29 CP., así como en el art. 121 CP., según el cual «ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»

CONTRATO ESTATAL– Procesos contractuales– Derechos

En general, proscribía las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente la Sección Tercera definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP. Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandato perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública.

CONTRATO ESTATAL– Materia penal– Derechos

La manifestación de esta protección constitucional no dista de la que sugiere e inspira el derecho penal, esto es, que una norma posterior más favorable que una anterior debe aplicarse en forma preferente. Este supuesto se presenta cuando una ley establece una sanción por la realización de una conducta, y posteriormente otra ley reduce la pena o incluso la extingue. Del mismo modo, si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue debe darse aplicación al principio de favorabilidad

DEBIDO PROCESO – Procesos contractuales – Derechos – Declaración Judicial – Culpabilidad – Defensa

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege. En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración.

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte. Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes.

DEBIDO PROCESO – Procesos contractuales – Sin dilaciones –Impugnación

En realidad se trata de dos garantías. Una consiste en que la publicidad de todos los actos y las actuaciones constituye la regla general del procedimiento. En este sentido, la publicidad garantiza

al implicado –contratista, aseguradora, oferente, etc.- el acceso a la información –lo que es obvio-; pero, además, ampara a cualquier persona que desee acceder a ella, aún durante el trámite del procedimiento.

También tiene aplicación incondicional en los procedimientos contractuales, porque tanto el CCA como la ley 80 contemplan la posibilidad de interponer los recursos de la vía gubernativa contra las decisiones de la administración. La última norma dispone al respecto, en el inciso segundo del art. 77, que: «Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. En todo caso, la ley 80 garantiza que por lo menos a través del recurso de reposición se puede impugnar la decisión sancionatoria, ajustándose la norma a la Constitución.

CONTRATO ESTATAL – Derecho – No ser juzgado dos veces por el mismo hecho – Culpabilidad – Conducta

Se sabe que una misma conducta de alguna de las partes del contrato no puede generar dos o más multas, o dos o más cláusulas penales, o dos o más declaraciones de caducidad del contrato, o una combinación de ellas. [...] No obstante, este derecho protege algo más que la posibilidad de imponer dos sanciones. Garantiza que no se iniciarán dos o más procesos, al margen de los resultados que produzcan. Así, la sola iniciación de un segundo procedimiento administrativo quebranta este derecho constitucional.

Ante todo se debe advertir que no se trata de un principio del debido proceso de origen constitucional, porque el artículo 29, ni alguno otro de dicha norma, lo enuncia. Tratándose de la contratación estatal se sabe que muchas sanciones incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no. En el primer grupo se encuentra, por ejemplo, la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa –art. 8.1.b) de la ley 80-; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial. De hecho el ejercicio de las potestades exorbitantes no necesariamente involucra la imposición de una sanción, lo cual conduce a que el elemento culpabilidad sea ajeno a algunos eventos, como es el caso de la interpretación unilateral en general, a la modificación unilateral o a la reversión

APELANTE ÚNICO–No reformatio in pejus

No obstante, se requieren algunas precisiones para definirlo en materia contractual. Si bien la Constitución Política dispone que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea «apelante único», esta garantía también aplica cuando el recurso interpuesto es el de reposición, pues la norma tiene como propósito proteger al investigado de que los medios de impugnación hagan más difícil su situación, lo que hace abstracción del recurso que se emplee. Entre otras cosas, no se olvide que el sentido de esta garantía se fundamenta en varias ideas, entre ellas en la necesidad de limitar y proscribir la arbitrariedad de quien detenta el ius puniendi, que se estimula cuando se autoriza que al resolver el recurso de reposición se impongan cargas más gravosas. En estos términos, incluso legislativamente está asegurada esta garantía, en medio de la desafortunada discusión que ha ofrecido el art. 31 de la Constitución Política, a lo largo de estos años. Pareciera, equivocadamente, que el artículo 4 no rigiera de manera directa, pero esta garantía terminará imponiéndose, ahora sí de manera indiscutida, porque la ley de procedimiento administrativo así lo dispone; paradójicamente no porque la Constitución Política lo haya ordenado desde 1991

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Código Contencioso Administrativo - Artículo 38

Ahora bien, el término preclusivo previsto por el legislador mediante el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no sólo se erige como un límite temporal de competencia dentro del cual la administración puede ejercer esa facultad que le ha sido atribuida, sino también como un instrumento a través del cual se procura garantizar la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y prevalencia del interés general en favor de los administrados y se controla la actividad de la administración. De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 1° del Código Contencioso Administrativo relativo al procedimiento administrativo general, en materia de caducidad de la facultad o competencia sancionadora de la Administración, la regla general, aplicable a toda actuación o procedimiento administrativo que realice la administración pública en defecto de previsión especial sobre el particular, es la contenida en el artículo 38 en comento y a cuyo tenor se lee. Si bien la norma es clara al señalar un término de tres [3] años

dentro del cual la administración se encuentra facultada para ejercer la potestad sancionatoria y se presenta una posición uniforme respecto del momento a partir del cual ha de contabilizarse el mismo, al interior de las Secciones de esta Corporación se han generado diversas interpretaciones respecto del momento a partir del cual se interrumpe su contabilización. Por otro tanto, la Sala considera pertinente precisar que con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA], por vía del artículo 52 del mismo, se adopta a nivel legal la postura adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en el proveído referido, frente a la caducidad de la facultad sancionatoria, el cual si bien no es aplicable en el presente asunto, por la importancia que reviste, se torna necesario y pertinente en esta oportunidad efectuar algunos comentarios frente a los elementos de su contenido. Cuando se trate de contratos de larga duración, la imposición de la multa debe hacerse dentro de su término de ejecución, pero eso sí, respetando el límite temporal señalado en las normas antes citadas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)´.

Radicación número: 52001-23-31-000-2012-00209-01(45316)

Actor: DEVINAR S.A-

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Sociedad demandante contra el auto del 19 de julio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual se admitió la demanda interpuesta y se denegó la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora respecto de los actos atacados en la demanda.

ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito del 6 de junio de 2012 (fls. 2- 62, c1), la Sociedad de Desarrollo Vial de Nariño - Devinar S.A.-, mediante apoderado, presentó demanda contractual contra el Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, solicitando la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 469 del 29 de septiembre de 2011 *“Por medio de la cual se impone multas a la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. DEVINAR S.A. por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 003 de 2006.”* y la No. 618 del 29 de diciembre de 2011, proferidas por la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones por medio de la cual se confirmó la anterior, con la consecuente condena al pago de los perjuicios de

orden material e inmaterial que le fueron ocasionados, así como también al reintegro de las sumas canceladas por concepto de la multa impuesta.

2.- Las Resoluciones impugnadas.

Por Resolución N° 469 del 29 de septiembre de 2011, previa celebración de audiencia de descargos¹, la demandada impuso sanción pecuniaria al contratista por valor de **OCHO MIL MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTICINCO QUINIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON 98/100 (\$8.465.125.573.98)** con ocasión del incumplimiento de las obligaciones relativas a la no construcción y puesta en funcionamiento de un centro de control de operaciones en áreas de servicio y la no construcción y puesta en funcionamiento de las estaciones de pesaje conforme lo pactado, incumplimientos en los que incurrió el contratista entre el 17 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, respectivamente. Dicho acto fue notificado el 4 de noviembre de 2011(fl. 115, c1) frente al cual la actora instauró recurso de reposición, el cual fue resuelto por Resolución confirmatoria N° 618 del 29 de diciembre de 2011 (fl 116-141, c1).

3.- La Solicitud de Suspensión.

En escrito separado de la demanda (fls.63-77,c1) la actora solicitó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones en mención, por cuanto a su juicio estas infringían los artículos 29, 34 y 121 de la Constitución Política, 36 y 38 del C.C.A., 1602 del Código Civil, 17 de la Ley 1150 de 2007 y las cláusulas 55 y 65 del contrato de concesión N° 003 de 2006, también señaló que sus efectos no se habían materializado, como quiera que el cobro de la multa impuesta al contratista aún estaba en trámite de pago y que de las pruebas allegadas al proceso se encontraba acreditado de forma sumaria, el grave perjuicio ocasionado a la demandada como consecuencia de las mismas.

4.- La admisión de la demanda y la solicitud de suspensión.

Por auto del 19 de julio de 2012 (fls. 333-339, c1) el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda interpuesta y denegó la solicitud de suspensión provisional elevada por la demandante contra las Resoluciones en mención, por cuanto a su juicio, en el asunto bajo estudio no se presentaba una contradicción evidente o palmaria entre los actos administrativos demandados y las normas cuya infracción se demandaba, que diera lugar a la procedencia de la declaratoria de suspensión provisional de sus efectos, al respecto señaló:

“Para la comprobación de la vulneración de la normatividad relacionada por la actora, se requiere la minuciosa revisión de todas las normas legales que establecen las formalidades de la contratación estatal, así como también las concernientes a las facultades y funciones otorgadas a la entidad

¹ A)El 26 de enero de 2010, la interventoría designada para el proyecto Vial, anuncio al concesionario la imposición de una multa por valor de **DOS MIL MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA PESOS (\$2.864.180.000)**, por presuntos incumplimientos en obligaciones relativas a casetas de peaje, estaciones de pesaje y centro de control de operación de áreas de servicio, comunicación objetada por el concesionario el 2 de febrero de 2010.

B)El 18 de mayo de 2011, 15 meses después de que el concesionario haya objetado la comunicación del 26 de enero de 2010, mediante Oficio N° 2011-305-006159-1, el INCO lo convoca a audiencia para rendir descargos, anunciando la aplicación de una multa por valor de **OCHO MIL MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTICINCO QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL 98 PESOS(\$8.465.125.573.98)**.

C) El 30 de mayo de 2011, se llevó a cabo la audiencia de descargos de multa de conformidad con los Oficios radicados INCO N° 2011-305-006159-1 Y 2011-101-006634-1(Folios 12-16,c1).

accionada, a la proporcionalidad que debe ser aplicada en la imposición de multas y sanciones y a las obligaciones pactadas entre las partes en el Contrato de concesión, para que partir (sic) de ese estudio, se puedan realizar juicios de valor tendientes a dilucidar si las decisiones adoptadas por el Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura fueron arbitrarias, vulneratorias de las normas superiores y si existen pruebas que demuestren tal situación.

(...) no se advierte, prima facie, que los actos impugnados transgredan la normatividad vigente y la existencia de la pretendida contradicción, de existir, sólo podrá declararse una vez se profiera la sentencia que ponga fin a la instancia.”

Dicha providencia fue notificada por estado que se fijó el 3 de agosto de 2012 y frente la cual el apoderado de la Sociedad demandante instauró recurso de apelación mediante escrito del 6 de agosto de 2012 (fls. 455-472 del C.Ppal), reiterando los argumentos esbozados en la solicitud de suspensión provisional y poniendo de presente que mediante el proveído impugnado, el Tribunal de instancia había desconocido las posturas jurisprudenciales adoptadas por esta Corporación. Dicho recurso se concedió por auto del 17 de agosto de 2012 (fls. 471-476 del C. Ppal.).

5.- Recibido el expediente en éste Despacho, el recurso de apelación interpuesto se admitió mediante auto del 22 de octubre de 2012, (fl. 477 del C. Ppal.).

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

Esta Corporación es competente para resolver el presente asunto, como quiera que de conformidad con lo previsto en el No. 2 del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, la providencia recurrida es susceptible del recurso de apelación, puesto que por medio de la misma se resolvió admitir la demanda y denegar la solicitud de suspensión provisional elevada por la parte actora contra las Resoluciones No. 469 del 29 de septiembre de 2011, proferida por la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones “*Por medio de la cual se impone multas a la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. DEVINAR S.A. por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 003 de 2006*” y la No. 618 del 29 de diciembre de 2011, por medio de la cual se confirmó la anterior.

2.La suspensión provisional solicitada.

El demandante solicitó y sustentó, en escrito separado, la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados de ilegales, con fundamento en los cargos que se exponen.

2.1.- La vulneración manifiesta de los artículos 38 del C.C.A., 29 y 121 de la Constitución política.

Aduce el recurrente que mediante los actos administrativos cuya suspensión se pretende, se vulnera de forma flagrante y ostensible el artículo 38 del C.C.A., pues se impuso sanción pecuniaria el 29 de septiembre de 2011 por incumplimientos en que incurrió el contratista desde el 17 de noviembre de 2007, es decir, sobrepasando el término de tres años previsto en la norma, lo cual conlleva a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, puesto que no se observaron las formalidades y reglas propias de la actividad sancionatoria

contractual y se desconoció la falta de facultad de la demandada para ello.²(fl. 67 del c1)

2.2- Vulneración de los artículos 29 de la Constitución, 1602 del Código Civil y de las cláusulas 55 y 65 del contrato de concesión N° 003 de 2006.

El actor señaló que el INCO, hoy ANI, vulneró el artículo 1602 del C.C., y el derecho al debido proceso, pues cuando aquel objetó el procedimiento para la imposición de la multa, ésta omitió seguir lo pactado en las cláusulas 55³ y 65⁴ del contrato según las cuales en caso de presentarse una objeción, la entidad contratante debía acudir al Asesor Jurídico interno antes de imponer la sanción, y en su lugar ésta optó por imponerla directamente.

2.3.- Vulneración de los artículos 34 de la Constitución, 36 del C.C.A y 17 de la Ley 1150 de 2007.

Señala el actor que el principio de proporcionalidad en materia sancionadora se traduce en la adecuación entre las medidas impuestas y las necesidades que se buscan satisfacer, para afirmar que en el *sub lite* el valor de la multa impuesta se torna excesiva y desproporcionada, lo que desnaturaliza su carácter apremiante, pues a su juicio al ser el valor de la sanción excesivamente superior al valor de las obligaciones incumplidas a cargo del contratista, impide su cumplimiento y se convierte en una pena de tipo confiscatorio, vulnerando la prohibición constitucional prevista en el artículo 34 de la Carta Política.

3.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

² **Al respecto señaló:** “(...)3.- *Del simple cotejo de los actos administrativos cuya suspensión provisional se pretende con las normas invocadas, se observa la vulneración flagrante del contenido del artículo 38 del C.C.A., pues se multó al contratista sobre presuntos incumplimientos que ya habían caducado. En efecto, la parte citada de los actos administrativos muestran, con mediana claridad, que el 29 de diciembre de 2011, la entidad contratante multó al contratista sobre presuntos incumplimientos que iban desde el 17 de noviembre de 2007, sobrepasando, así, los 3 años previsto por el artículo 38 del C.C.A.*

4.- (...) *la vulneración manifiesta del artículo 38 del C.C.A. conlleva, también, a la vulneración del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución, por cuanto se sancionó a un contratista sin respetar las formalidades y reglas propias de la actividad sancionatoria contractual, esto es, la entidad contratante desconoció que no tenía facultad para multar presuntos incumplimientos que sobrepasan los tres años de caducidad.*

(...) *si bien al artículo 17 de la Ley 1150 permite a las entidades contratantes imponer multas al contratista, lo cierto es que esa actividad sancionatoria debe realizarse con estricto apego al derecho fundamental al debido proceso (...)*

5.- *En consecuencia, es evidente que las resoluciones acusadas vulneraron flagrantemente los artículos 29 y 121 de la Constitución y 38 del C.C.A.*

³ **“CLAUSULA 55 MULTAS**

(...)

55.3. El interventor, una vez verifique que hay lugar a una multa, de conformidad con el numeral 55.1 anterior, informará al CONCESIONARIO por escrito sobre la procedencia de la misma, su valor y las razones que la acarrearán, según lo previsto en este contrato.

(...)

Si hubiere objeción por parte del CONCESIONARIO en los términos señalados en el párrafo anterior, las partes acudirán al Asesor Jurídico quien podrá asesorarse, a su vez, de la Firma Asesora Financiera o de la Firma Asesora de Ingeniería, si lo requiere y según corresponda, de acuerdo con lo previsto en la CLAUSULA 65 de este Contrato (...)(Subrayas fuera del texto)

⁴ **“CLÁUSULA 65.SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

(...) **cualquier diferencia relacionada con el perfeccionamiento, el cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución e inicio del presente Contrato, su ejecución y liquidación, asociada a aspectos técnicos de ingeniería o a aspectos económicos, financieros y/o contables, o aspectos jurídicos y en cualquier caso cuando lo prevea de manera expresa este Contrato, será resuelta a través del mecanismo de Amigable Composición (...)** (subrayas fuera de texto)

La suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación⁵ en los siguientes términos:

“... De conformidad con lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la procedencia de la medida de suspensión provisional depende de que se reúnan concurrentemente los siguientes requisitos:

a) Que se solicite expresamente y se sustente, antes de que sea admitida la demanda o su reforma;

b) Que haya una infracción a normas jerárquicamente superiores, lo que será suficiente si se trata de una acción de simple nulidad pues si se trata de acciones sustancialmente subjetivas, debe demostrarse, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor;

c) Que esa infracción sea manifiesta, esto es, que se ponga al descubierto a partir de un análisis objetivo, de tal suerte que emerja de manera patente, clara y evidente y que no se requiera de argumentaciones de fondo que sean propias de un fallo definitivo.

Pero esta afirmación no significa en manera alguna que la providencia que la contenga no sea motivada.

En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,⁶ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,⁷ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta⁸ la

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, Cp. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

⁸ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,⁹ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.

En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”¹⁰

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad.

Su procedencia está determinada por la evidente, ostensible, notoria o palmaria vulneración del ordenamiento jurídico, establecida mediante la confrontación de un acto administrativo con el universo normativo superior al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada sobre los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación de la ley y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la manifiesta infracción exigida en la norma.

3.1.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Artículo 152: El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

“1º) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o

¹⁰ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

por escrito separado, presentado antes de que sea admitida;

“2º) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud;

“3º) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

4.- Análisis de los cargos esgrimidos por el actor

4.1. La vulneración de los artículos 29 y 121 de la Constitución Política y 38 del C.C.A.

4.1.1. El alcance del debido proceso en actuaciones administrativas

Para enmarcar el estudio del recurso de apelación, es necesario hacer unas precisiones teóricas sobre el alcance y contenido del derecho al debido proceso en materia administrativa, y en especial en materia contractual, como quiera que constituye la *ratio* para estudiar el cargo más importante del apelante contra la decisión del *a quo*, y que habrá de prosperar.

En este sentido, se advierte que la Sección Tercera tiene dicho, trazándose una línea jurisprudencial consolidada¹¹, que entre los derechos fundamentales que hacen presencia directa y constante en la contratación estatal se encuentra el debido proceso, cuya consagración constitucional no ofrece reparo ni duda en el art. 29. En efecto, dispone este precepto que el procedimiento debido rige tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas¹², además, que enuncia las garantías que lo integran¹³

¹¹ Sentencias de noviembre 13 de 2008, exp. 17.009; de julio 23 de 2010, exp. 16.367; de marzo 30 de 2011, exp. 20.917; del 29 de agosto de 2012, exp. 21.430 y del 22 de octubre de 2012, exp. 20.738-

¹² En la sentencia T-1263 de 2001 la Corte Constitucional manifestó: “El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.”

En el mismo sentido, ver la sentencia T-120 de 1993, entre muchas otras.

¹³ “Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos

No obstante la afirmación categórica que pronuncia el inciso primero, y que parece no dar espacio a la duda sobre el ámbito general de aplicación de este derecho, lo cierto es que su evolución se puede vislumbrar en el tiempo de la siguiente forma, para mostrar la importancia simbólica y práctica que representó la expedición de la Constitución Política, en función de esta garantía.

En la *primera etapa*, que comprende el período anterior a la Constitución Política de 1991, el derecho administrativo -incluida la contratación estatal-, ofrecía varias garantías al debido proceso, pese a que ni para las actuaciones sancionatorias ni en las no sancionatorias, existía fundamento Constitucional en favor de esta área del derecho.

En efecto –en aras de la claridad y la precisión-, durante ese largo lapso algunas leyes ofrecieron garantías a las personas vinculadas a un procedimiento administrativo, de manera que el panorama preciso de esa época exige reconocer algunos momentos históricos especiales, para mostrar las *sub-etapas* en que se aplicó un nascente derecho al debido proceso administrativo. Entre ellas se destacan dos momentos: i) el período anterior a 1984 –año de expedición del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA.)-, ii) y el que inicia desde allí y avanza hasta la Constitución Política de 1991.

Sobre el primero, se sabe que antes de 1984 las garantías del debido proceso prácticamente no existían, porque no se trataba de un derecho con presencia fuerte en materia administrativa; pero sobre el segundo se tiene que el nuevo código de procedimiento administrativo introdujo varios e importantes derechos que hacen parte del debido proceso, es el caso del derecho a que se comunique la iniciación de un procedimiento administrativo –arts. 14 y 28 CCA.-; el derecho a impugnar las decisiones administrativas, a través de la denominada vía gubernativa –arts. 23 y 49 y ss. CCA.-; el derecho a un procedimiento previo a la toma de una decisión, en la medida en que se proscibieron las decisiones de plano –art. 35 CCA.-; el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas –arts. 34 y 56 CCA.-; entre otras.

No obstante, estas disposiciones son insuficientes, en comparación con el universo de garantías que contempla el artículo 29 CP., con el que inició el actual período de la evolución del derecho al debido proceso; esta norma es sustancialmente más prolija en cuanto a los derechos que recoge. En efecto, las garantías que ofrece la Constitución vigente superan ampliamente, en número e intensidad, lo que en el pasado ofreció el derecho público a los procedimientos administrativos, de ahí su importancia histórica. Por eso, el siguiente período importante en esta historia empieza con la actual Constitución.

Su característica esencial es que a partir de ella no se discute la aplicación de este derecho en las actuaciones administrativas. Sin embargo -se verá durante los años posteriores- una cosa es la afirmación por vía normativa del derecho, y otra la aceptación y aplicación concreta¹⁴. Por eso la nueva época –que es la actual-

veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

¹⁴ En la sentencia C-599 de 1992 la Corte Constitucional esbozó el tema de la siguiente manera: “A la luz de las regulaciones de la Carta, **el debido proceso administrativo, no es un concepto absoluto y plenamente colmado por ella; por el contrario aquel presupone distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas**, que inclusive pueden llevar, como en varias materias se ha establecido, a la reserva temporal de la actuación, del acto o del documento que los contenga; empero, cuando se trata de definir o derivar la responsabilidad de las personas que pueden ser sujetos de una sanción o pena, si se requiere de la publicidad, de la contradicción, de la intervención del juez natural y de la aplicación de las formas propias de cada juicio, es decir, deben respetarse

ofrece al juez, y también al común de los operadores jurídicos –sobre todo a la administración pública-, desafíos en materias como la concreción de los derechos que hacen parte del debido proceso, en el campo específico de los procedimientos administrativos.

Ahora bien, se debe hacer otra precisión, en el sentido de que los derechos que integran el debido proceso no se circunscriben a los que enuncia el art. 29 – aunque por sí mismos son bastante numerosos-, ya que por fuera de ese dispositivo existen otros derechos que hacen parte del mismo. Se trata de los que contemplan los artículos 30, 31, 33 y 229 que se refieren, respectivamente: al *habeas corpus*, la doble instancia y la *no reformatio in pejus*, a no declarar contra sí mismo y contra los parientes, y al acceso a la administración de justicia¹⁵. ¿Qué duda cabe que estas garantías hacen parte del derecho al debido proceso, pese a que están por fuera del artículo 29 CP.?

En todo caso, en primer lugar, la evaluación que hoy se hace del tema conduce a admitir, *de un lado*, que el número de derechos que integran el debido proceso supera con creces los que en el pasado conoció el derecho administrativo legislado –especialmente el CCA-, y en esa medida se fortaleció la posición de las partes involucradas en una actuación administrativa con las *nuevas garantías*. *De otro lado*, pese a que la Constitución no estableció límites a la vigencia plena del derecho, la jurisprudencia y la doctrina se resisten a aplicar en forma pura y simple algunas garantías que lo integran; *por último*, y del mismo modo que frente a las garantías de las cuales admite su vigencia, introduce una técnica de incorporación al procedimiento administrativo conocida como la de los “matices”.

Lo segundo, alude a la negación de ciertos derechos del debido proceso, sencillamente porque no tienen cabida en los procedimientos administrativos, como sí la tienen en otras materias sancionatorias, especialmente la penal, de donde proceden estos derechos¹⁶. A este grupo pertenece el derecho a la defensa técnica, del cual se afirma que no rige en materia administrativa. Sin embargo, algunos procedimientos, como el sancionatorio disciplinario y fiscal, lo garantizan

los principios y garantías de rango constitucional que enmarcan en términos generales el *ius puniendi* del Estado.” -Negrillas fuera de texto-

¹⁵ “Art. 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.”

“Art. 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.”

”Art. 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

“Art. 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

¹⁶ En la sentencia T-145 de 1993 expresó la Corte sobre esta misma idea: “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”

En la doctrina se discute mucho la independencia y autonomía del debido proceso administrativo, en relación con el debido proceso penal. Alejandro Nieto García señala sobre esta polémica “... que nos encontramos a despecho de tantas novedades dogmáticas, igual que antes y que la primera cuestión del derecho Administrativo Sancionador sigue siendo la de precisar sus relaciones con y recepciones del derecho penal. Al menos así es aparentemente, aunque para mí, no obstante, se ha producido un cambio fundamental; hoy, las influencias del Derecho Penal son debidas a razones de mera oportunidad y, por ende, transitorias. Porque las raíces del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran en el Derecho Público estatal y algún día llegará aquél a su mayoría de edad y podrá prescindir de la tutela –ya que no del magisterio- del Derecho Penal, y encontrará, en fin, su identidad en el ámbito de no debió abandonar nunca: el Derecho Administrativo.” (Derecho Administrativo Sancionador... Ob. cit. Págs. 159 a 160)

aunque con restricciones¹⁷, lo que sugiere que de una negación absoluta se transita ahora, aunque muy lentamente, a una negación con excepciones.

Lo tercero -es decir, los matices- da cuenta de una evolución del debido proceso que acepta la aplicación de ciertos derechos que lo integran, pero con la peculiaridad de que se someten a un proceso de depuración bastante intenso, para decantarlos del contenido fuerte que traen desde el derecho penal, hasta verificar su posibilidad de aplicación al procedimiento administrativo, quien finalmente los recibe desprovistos de la intensidad fuerte con que se formularon originalmente.

Para algunos, *matizar* el derecho lo debilita, por la pérdida de una parte del contenido que necesariamente se sacrifica; para otros se trata de un paso necesario que permite implementar racionalmente su aplicación a los procedimientos de la administración pública¹⁸. De este modelo de derechos hacen parte, por ejemplo: el principio de legalidad de la falta y de la sanción, porque en muchos casos se admite que el reglamento -no sólo la ley- cree faltas y sanciones; la impugnación de la decisión condenatoria, porque algunas decisiones administrativas no admiten recursos; entre otros.

No obstante, otros derechos del debido proceso se encuentran en un *tercer estadio de evolución*. Se trata de aquellos que se aplican de manera pura y simple, como los contempla la Constitución -e incluso como los concibe el derecho penal-, sin atenuarles el rigor e intensidad del contenido, tal es el caso del principio de la favorabilidad, la no *reformatio in pejus*, las formas propias de cada juicio¹⁹, la

¹⁷ En tal sentido, el art. 17 de la ley 734 de 2002 dispone: “**DERECHO A LA DEFENSA.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. **Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio**, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.” (Negrillas fuera de texto)

Esta norma se debe concordar con el art. 93: “**ESTUDIANTES DE CONSULTORIOS JURÍDICOS Y FACULTADES DEL DEFENSOR.** Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.”

En sentido parecido, pero en relación con el control fiscal, dispone el art. 43 de la ley 610 de 2000: “**NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO.** Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

“Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.”

¹⁸ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- la Sección Tercera señaló, en un análisis bastante completo del debido proceso en materia contractual, que: “Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); **y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración**, tal y como se pasará a describir a continuación a propósito de la ejecución del contrato y en particular en ejercicio de una potestad sancionatoria como es la caducidad del contrato.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁹ En la sentencia T-201 de 1993 la Corte Constitucional analizó esta garantía: “Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por

presunción de inocencia²⁰, el *non bis in idem*, la posibilidad de controvertir las pruebas²¹ y el juez competente²²; frente a los cuales todos los ordenamientos jurídicos especiales –como el administrativo– ven y toman de la Constitución un mismo contenido, de allí que no existe diferencia en la aplicación.

Lo expuesto no es más que un mapa conceptual y general del estado del debido proceso administrativo, en términos de visión de conjunto. Sin embargo, vale la pena destacar ese desarrollo lineal, ascendente y exponencial –en buena hora–, cuya evolución es heterogénea o dispar entre los distintos procedimientos administrativos, de donde se puede concluir que:

i) Algunos han alcanzado un formidable desarrollo, similar al del derecho penal,

ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales; es decir, cobija todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando el particular estime que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

“El principio de la legalidad de los actos administrativos tiene su origen en la imperiosa obligación de que el funcionario público **somete su conducta a una serie de normas que le señalan el camino a seguir en cuanto a la toma de decisiones**. No impera su libre arbitrio, sino el sometimiento de su voluntad a los preceptos constitucionales que rigen la materia, a las leyes y a los reglamentos que le dan la competencia a cada funcionario.” (Negrillas fuera de texto)

²⁰ Muy temprano la Corte Constitucional aceptó la vigencia indiscutida de la presunción de inocencia en las actuaciones administrativas, sin sugerir una reducción en su contenido –ver sentencia T-097 de 1994–. En este sentido ha señalado: “Más aún, la Carta de 1991 consagra la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta que esta es una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario. **Tal presunción cabe ciertamente tanto en el ámbito del derecho penal como en el de las infracciones administrativas.**” (Negrillas fuera de texto)

Y agrega, relacionando este principio con la responsabilidad objetiva, que “Además, ‘al formular los cargos, se correrá traslado a los presuntos infractores o a su apoderado, mediante entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita de la providencia’. Entonces empezará a tramitarse el proceso administrativo sujeto a las garantías constitucionales, como se ha señalado. Así pues no hay desconocimiento de la presunción de inocencia, sino que ella se desvirtúa con los resultados del debido proceso administrativo. Tampoco por este aspecto se encuentra oposición entre la presunción de inocencia y el principio de la responsabilidad objetiva, que es característica propia de las infracciones administrativas.

(...)

“Por dichas razones, en algunas de las partes del Derecho Administrativo, como es la del régimen de cambios, se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad. Además, esta distinción entre uno y otro ámbitos de la responsabilidad por la conducta sancionable, no sólo se funda en razones que atienden a la distinta naturaleza de los bienes jurídicos que se persiguen directamente por estos tipos de ordenamientos normativos, sino también por otros altos cometidos de orden constitucional, contenidos en principios, fines y valores consagrados en la Carta, como son la justicia, el bienestar colectivo, el desarrollo y el orden económico, social y fiscal.” –sentencia C-599 de 1992–

²¹ Para la Corte Constitucional: “En conclusión, **en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.**” -Negrillas fuera de texto- (sentencia T-011 de 1993)

²² La defensa de la competencia para adoptar una decisión administrativa, como elemento del debido proceso, la ha reiterado la Corte en varias ocasiones. Por ejemplo: “La competencia, en general, es ese cúmulo de ‘facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo o judicial, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración Pública y la distribución de las distintas funciones entre ellos. En este sentido, la competencia viene a ser como una especie de ‘distribución’ de los asuntos entre los órganos de la administración.’

(...)

“En síntesis, **esta Sala estima que la violación del derecho constitucional fundamental del debido proceso es actual, como quiera que aún hoy el litigio sigue en el limbo jurídico en materia de competencia**. Y no habiendo, como se vió, otro medio de defensa judicial para resolver con eficacia este asunto, la Corte concederá la tutela y revocará por tanto las decisiones de los jueces. La solución concreta en este caso en materia de competencia no será otra que la trazada por la Corte Suprema de Justicia en el caso citado, cuyos lineamientos se comparten y acogen integralmente por esta Sala.” (Negrillas fuera de texto) (sentencia T-120 de 1993)

donde cada garantía rige en forma absoluta –tal es el caso de los procedimientos sancionatorios disciplinarios y fiscales-; mientras que,

ii) En otros, la evolución continúa siendo precaria. El letargo es tan fuerte en este grupo de procedimientos, que muchas garantías no rigen; sin embargo,

iii) El común de los procedimientos administrativos están a medio camino de las dos situaciones descritas, es decir, no rige el derecho con las máximas garantías; pero tampoco se encuentran completamente estancados. Tal es el caso de los procesos sancionatorios académicos, de imposición de medidas restrictivas a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, entre otros, donde cada vez más se incrementa el nivel de protección del debido proceso²³.

Ahora bien, vale la pena destacar que el nuevo Código Contencioso Administrativo –ley 1.437 de 2011-, inspirado en la Constitución Política, y en el lamento general que demandaba la actualización del procedimiento administrativo al derecho fundamental al debido proceso, dispuso en el art. 3 que, efectivamente, debían considerarse todos los principios en dichas actuaciones²⁴

Así, la nueva normativa, que entró a regir el 2 de julio de 2012 –art. 308-, puso el ordenamiento jurídico administrativo a tono con la Constitución Política, concretamente en lo que tiene que ver con las actuaciones ante la administración, porque la reivindicación del art. 29 CP., convertido en principio rector de estos procedimientos, marca un hito en el tratamiento legal de la materia. Incluso, la *no reformatio in pejus*, de más difícil aceptación y adaptación por parte de la administración, y también de la jurisprudencia, ha sido ratificada en esta norma, para evitar dudas al respecto.

Como tendencia jurídica, se observa que el paso del tiempo y de la jurisprudencia ha fortalecido este derecho, empezando en un punto de profunda postración hasta acercarse a un nivel superior de implantación de los distintos derechos que

²³ En la sentencia T-097 de 1994 la Corte hace evidente la evolución de su jurisprudencia en este tema, en la perspectiva de incrementar las garantías en materia administrativa, pues señaló: “21. Si bien es cierto que, en términos generales, la administración sólo está obligada a respetar unas garantías mínimas que no desconozcan el núcleo esencial de las garantías procesales, **en aquellas circunstancias en las cuales una decisión administrativa de tipo disciplinario conlleve la limitación o pérdida de un derecho fundamental, el deber de acatar las garantías constitucionales es tan apremiante, como el que se deriva de las normas penales.** La diferencia que aparece por encima de la obligación común de respetar los mínimos esenciales entre los dos ámbitos jurídicos mencionados, resulta de la consideración de la persona involucrada en la sanción y no simplemente del carácter funcional del derecho administrativo. El respeto de las garantías propias del debido proceso se exige en todas aquellas situaciones en las cuales la decisión administrativa o judicial pueda dar lugar a una afectación grave de los derechos fundamentales de la persona. “Así lo expuesto por el Constituyente Hernando Londoño en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. ‘El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. **Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona,** como su libertad personal o su patrimonio económico’. Sobre este particular expresó lo siguiente: ... (Gaceta Constitucional, N° 84, p. 8).” (Negrillas fuera de texto)

²⁴ “Art. 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

“Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

“1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

“En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem” (Negrillas fuera de texto)

conforman el art. 29 CP. –y los concordantes-. Sin embargo, se trata de un progreso que no ha sido uniforme para todos los procedimientos administrativos, sino desigual y marcadamente aislado entre ellos. Pero lo común a todos es que existe una especie de inclinación hacia el desarrollo, la evolución y el crecimiento en el garantismo administrativo²⁵.

A efectos de particularizar y especializar este análisis -porque constituye la base para resolver el recurso de apelación-, a continuación se analizará el estado de desarrollo de este derecho, pero exclusivamente al interior de los procedimientos administrativos contractuales²⁶.

4.1.2 La evolución jurisprudencial del derecho al debido proceso en materia contractual.

Dos aspectos, que marcan y explican la manera como se ha concebido el debido proceso, se distinguirán en este análisis.

4.1.3. De la incipiente aplicación a los procedimientos administrativos, incluido el contractual, al art. 17 de la ley 1.150 de 2007.

²⁵ En términos de la Corte Constitucional “El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal” –sentencia T-011 de 1993-.

En palabras de Immanuel Kant, quien comenta su idea de la historia humana -que en este aspecto se parece a la del debido proceso administrativo- en función del desarrollo constante en que vive el hombre, aunque en ocasiones pareciera que no fuera así, afirma que: “... la historia, que se ocupa de la narración de estos fenómenos, nos hace concebir la esperanza... de que, si ella contempla el juego de la libertad humana en *grande*, podrá descubrir en él un curso regular, a la manera como eso que, en los sujetos singulares, se presenta confuso e irregular a nuestra mirada, considerado en el conjunto de la especie puede ser conocido como un desarrollo continuo, aunque lento de sus disposiciones originales... en su conjunto consiguen mantener en un curso homogéneo y constante el crecimiento de las plantas, el curso de las aguas y otros fenómenos naturales. No se imaginan los hombres en particular ni tampoco los mismos pueblos que, al perseguir cada cual su propósito, según su talante, y a menudo en mutua oposición, siguen insensiblemente, como hilo conductor, la intención de la naturaleza, que ellos ignoran, ni como participan en una empresa que, de serles conocida, no les importaría gran cosa.” (Filosofía de la Historia. Ed. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la segunda edición. Bogotá. Págs.. 39 a 40)

²⁶ la Sección Tercera analizó este derecho en forma similar a lo expresado hasta ahora, en la sentencia de noviembre de 2005 –exp. 14.157-, indicando que: “El tema es complejo, y ha marcado, en la historia de la evolución del derecho al debido proceso, una serie de épocas, que van desde la ausencia total de protección, la protección más o menos acentuada para casos determinados, y la protección plena, en todos los eventos.

“En palabras de Juli Ponce Solé, quien aborda históricamente el tratamiento recibido por el debido proceso en materia administrativa, en un planteamiento que resulta aplicable en Colombia, ‘... es posible distinguir tres etapas, a través de las que el procedimiento pasa de ser un puro elemento interno del actuar administrativo (a) a constituir un elemento del acto administrativo definitivo con finalidades prácticamente exclusivas de defensa de los interesados, lo que curiosamente ha conducido a una relativización acusada de papel del procedimiento administrativo, en teoría fácilmente sustituible en sede contencioso-administrativa (b).

“ ‘Finalmente como desarrollo más reciente, surge la inquietud por el procedimiento como instrumento para el logro de decisiones administrativas acertadas, aspecto que, si bien ya puede hallarse plasmado en diversas formulaciones, especialmente por parte de autores foráneos, todavía no ha sido interiorizado plenamente...’

“Lo anterior explica por qué, pese a que nuestro CCA reguló de modo general, los procedimientos administrativos, la administración -en algunas épocas y en determinados casos- impuso sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, y, en todo caso, se limitó a la observancia de aquellos derechos contemplados expresamente en el CCA, olvidando otros que, si bien no explicita dicho código, integran, sin duda, la aludida garantía.

“Este estado “prebaccario” del procedimiento administrativo sancionador, fue superado de manera plena con la nueva Carta Constitucional –art. 29-, aunque su desarrollo y determinación concretos debe hacerse caso por caso, para definir adecuadamente el espacio de cada uno de los derechos propios del debido proceso, aplicables en materia administrativa.

(...)

“Hay, pues, conciencia de la importancia que tiene, para la realización de las labores administrativas y para la defensa de los derechos humanos, el art. 29 de la CP, no obstante lo cual subsisten las incertidumbres acerca de la manera cómo funciona el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas.”

Descendiendo de la teoría general al procedimiento contractual estatal, se encuentra que esta área del derecho administrativo no ha sido ajena a la situación descrita. De hecho, aquí tienden a mantenerse las mismas etapas y épocas indicadas, como por ejemplo: la negación implícita del debido proceso, pues antes de 1991 sólo regían los derechos que introdujo el CCA., que no eran suficientes para hablar de un *debido proceso administrativo* en esa época, sino únicamente de un *procedimiento administrativo*, inspirado en los principios del art. 3 CCA.²⁷, pero no en los del debido proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en veces, de plano, es decir, sin fórmula de juicio, actuando la administración con el convencimiento de que tenía la razón, y que las dudas se podían despejar a través del derecho ciudadano a interponer los recursos de la vía gubernativa. Incluso, la Corte Constitucional no fue ajena a esta actitud regresiva, porque recién expedida la Constitución expresó frente a una sanción contractual –sentencia T-565 de 1992- que: “Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. *En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley.*” (itálicas fuera de texto)

Con el paso de los años se avanzó en las garantías exigibles, pero como aconteció en la mayoría de los procedimientos administrativos generales, la incorporación de los derechos que forman parte del debido proceso ha sido

²⁷ Dispone el inciso primero del art. 3 “PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.”

Comentando la complementación que se da entre los arts. 29 CP. y 3 CCA., pero sumado al efecto que produce el art. 209 CP., la Sección Tercera analizó el tema en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 –exp. 14.157- indicando que: “No obstante lo anterior, lo cierto es que el CCA no desarrolló –como tampoco lo hicieron el común de las normas que establecieron procedimientos administrativos especiales- toda la riqueza principialística que contiene el derecho fundamental al debido proceso, pues dejó de lado buena parte de los derechos que lo integran y la regulación se concentró, básicamente, en los siguientes aspectos: los principios rectores de los procedimientos administrativos –art. 3 CCA-, el procedimiento administrativo, el derecho de defensa y la impugnación de las decisiones; quedando por fuera muchos otros que, si bien no fueron negados, tampoco fueron afirmados. Tal es el caso de los derechos a la preexistencia de ley al acto que se imputa y a las sanciones imponibles, el *non bis in idem*, la *no reformatio in pejus*, el principio de la favorabilidad, entre otros.

“Por lo mismo, se debe reconocer que los procedimientos administrativos han resultado no sólo enriquecidos por el artículo 29 constitucional, sino también por el 209, el cual estableció, en el inciso primero, que ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.’

“Este listado de principios coincide, en buena parte, con el que, de antes, traía el artículo 3 del CCA, aunque el mismo fue adicionado con dos principios más: el de igualdad y el de moralidad, los cuales han agregado importantes significados a la forma como se adelantan las actuaciones administrativas.

“Este dato, unido a la expresa consagración constitucional del debido proceso, en asuntos administrativos, da cuenta de la progresión continua de este derecho, en este campo, el cual siempre requirió y demandó espacios más propicios para desarrollar la protección de los particulares, porque resultaba injustificable que, en materia judicial se garantizara el derecho de defensa, y todo lo que implica el debido proceso, mientras que, en materia administrativa esta valiosa garantía no constituyera un derecho del interesado, o, al menos, no con la claridad deseada.

“No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento debido.”

gradual: frente a unos excesivamente lenta, y frente a otros un poco más ágil. El ritmo de ese movimiento lo ha marcado la jurisprudencia de las Altas Cortes, toda vez que a veces, en forma resuelta, impone contenidos progresistas frente a lo que históricamente ha sido el derecho administrativo, pero en otras ocasiones mantiene una reserva y precaución asfixiante, so pretexto de que ciertos derechos no rigen en materia administrativa, sino tan sólo en lo penal.

Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas garantías del debido proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado. Sin embargo, a nivel de conclusión informada y detallada del tema, hay que precisar de qué manera y qué derechos, en concreto, se han incorporado a los procedimientos contractuales, así como también se deben identificar aquéllos sobre los cuales persisten las dudas en integrarlos a esta área del derecho.

Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como *principio rector de la contratación estatal*. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Dispone este precepto:

“Artículo 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.”

Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge

introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas²⁸. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido:

En *primer lugar*, señala que “*El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales*”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado²⁹, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.

De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.

En *segundo lugar*, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las *actuaciones sancionatorias* contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las *actuaciones no sancionatorias*, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de *procedimiento* es innegable³⁰-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación

²⁸ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó la Sección Tercera que incluso la jurisprudencia ya había introducido con fuerza y determinación este derecho, al señalar que “De otra parte, es importante mencionar que la reciente reforma al estatuto de contratación pública, estableció en el primer inciso que “...[e]l debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales...”, precepto que representa un avance importante, pero que, como se vio, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y normas legales concordantes ya había sido acogido por la jurisprudencia, incluso, con mayor proyección, en la medida en que la tendencia precedente a la norma lo amplió a los procedimientos administrativos en los que se utilicen las facultades excepcionales con independencia de que fueren sancionatorias o no, lo cual se determina en cada caso concreto. **En vigencia de dicha reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, en la que se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.**” (Negritas fuera de texto)

²⁹ En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación -generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: “**En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso**, producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años que le produce, sin lugar a dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9º de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo).” (Negritas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

³⁰ En la Licitación Pública, Julio Rodolfo Comadira contesta a la pregunta que se formula a sí mismo, acerca de si la licitación pública es un acto complejo o un procedimiento administrativo, que “... se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo; así lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia...” (Ed. Depalma. Buenos Aires. 2000. Págs. 2 a 3)

unilateral, entre muchos otros.

Para la Sala, no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no³¹. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la *preexistencia de la falta y la sanción*, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la *presunción de inocencia*, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.

En *tercer lugar*, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero "... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista..."La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías³².

³¹ Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: "En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. **Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino mediante una decisión respetuosa del debido proceso.**

"Ahora bien, la Corte se pregunta si el derecho al debido proceso puede ser invocado para impedir que la administración prive a su titular de un beneficio legal que aún no ha sido reconocido a la persona. A primera vista podría pensarse que por tratarse de una mera expectativa no nos encontramos ante un interés susceptible de protección constitucional. No obstante, la exclusión injustificada de la persona y la vulneración de su derecho al debido proceso, se presenta no sólo por la privación del beneficio ya reconocido, sino también por la negación de la oportunidad procesal para obtener dicho reconocimiento, pese a encontrarse en las circunstancias descritas por la ley o el reglamento. **En efecto, cuando la persona alega que materialmente cumple con el supuesto de hecho de una norma jurídica que asigna un beneficio, la administración no puede privar a dicha persona del procedimiento debido para determinar si procede o no el reconocimiento del respectivo beneficio. Tal proceder priva ex ante a la persona del derecho al debido proceso administrativo dispuesto para decidir sobre el reconocimiento del beneficio legal, con lo que se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso administrativo** (art. 29 C.P.) y a la igualdad de trato (art. 13 inc. 1 C.P), dada la exclusión injustificada del solicitante.

"El que las normas legales denominen auxilio al beneficio no le resta derechos al interesado. La denominación del beneficio tampoco lo convierte en una simple gracia del Estado cuando la reglamentación de su asignación en lugar de librarla a la mera voluntad de la administración, define precisos requisitos para determinar a partir de criterios objetivos quienes son los destinatarios del beneficio. Es lo que sucede con la reglamentación del auxilio para ancianos indigentes objeto de este proceso". (Negrillas fuera de texto)

En esa misma línea de pensamiento se indicó en la sentencia T-525 de 2006 que: "4.2. El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, **de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos.** Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que **debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas.** Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados." (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia T-796 de 2006 la Corte también admitió que en los procedimientos contractuales no sancionatorios, como la liquidación del contrato, debe aplicarse el debido proceso, en este caso en su faceta de la posibilidad de presentar pruebas y controvertirlas.

³² Esta norma fue reglamentada por el art. 87 del decreto 2474 de 2008, que estableció: "Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal. El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal.

Entre otras cosas, recientemente concluyó la Sección Tercera, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo:

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. En el libelo de demanda se señaló:

(...)

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo³³.

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...”³⁴ (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

“En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.”

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos³⁵.”

En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas.

4.1.4. Vigencia y alcance, en materia contractual, de cada una de las garantías del debido proceso administrativo.

En este lugar se analizará la manera como rigen los derechos que integran el debido proceso en los distintos procedimientos que se originan con ocasión de la contratación estatal, teniendo en cuenta que la historia ha sido problemática³⁶.

a) Sobre el derecho a “no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, la contratación estatal ofrece varios problemas cuya precisión y solución explican mejor la garantía.

En términos estrictos, esta protección asegura a los ciudadanos para que sólo la Ley, en sentido formal o material –es decir, los decretos con fuerza de ley-, establezca las faltas y las sanciones por las que se reprocha una conducta, tal es el caso del derecho penal -el más emblemático de todos-, pero también del derecho disciplinario o del fiscal, donde la garantía rige en forma fuerte.

Desde una perspectiva negativa, esta disposición no permite que los reglamentos, y menos aún normas de inferior rango normativo, creen faltas y sanciones, pues el principio de legalidad que contiene el artículo 29 es el más riguroso de todos: sólo

³⁵ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

³⁶ La dificultad del tema la puso de presente la Sección Tercera -sentencia de noviembre de 2005, exp. 14.157-, al señalar: “La inquietud más significativa que se ha formulado la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como extranjera, radica en determinar si todos y cada uno de los derechos que integran el debido proceso rigen en los procedimientos administrativos, o si algunos de ellos no tienen espacio de aplicación en dicho contexto.

“A esa preocupación se agrega aquella que indaga por la forma como tales derechos pueden regir, en materia administrativa.

“Para la Sala, el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado.

“Ahora, y pese a que la determinación del campo de aplicación de cada uno de los derechos que integra el debido proceso es un asunto que se deberá ir decantando caso a caso, es necesario dejar sentadas, por lo menos, las bases sobre las cuales esa tarea se debe realizar.

“En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva.

“No obstante lo anterior, es forzoso aceptar que *i*) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta, *ii*) mientras que otros lo hacen en forma matizada, es decir, que no es posible hacer una transferencia de ellos de la materia judicial a la administrativa, sin que sufran cambios y se transforme su estructura original.”

una norma que tenga fuerza de ley puede regular el tema. Se trata de una típica reserva legal de la materia.

En la contratación estatal esta protección tiene una aplicación variable, es decir *matizada*, porque:

i) Es absolutamente rigurosa en varios procedimientos, es decir, exige que la ley y sólo la ley contemple la falta y la sanción, como en la caducidad, donde los arts. 14 y 18 de la ley 80 de 1993 establecen los supuestos que la configuran y los contratos donde se incluyen³⁷. De allí que, no es posible hacerlo en otros negocios jurídicos –salvo que otra ley lo autorice–, ni se permite variar los supuestos que configuran su aplicación.

En la misma lógica se inscriben algunas causales de multa por el incumplimiento de ciertas obligaciones surgidas del contrato, porque la ley contempla directamente varios supuestos de hecho que las originan, de modo que las partes no pueden omitir su inclusión, al igual que ocurre con los poderes exorbitantes en determinados contratos, donde la ley los entiende pactados³⁸. En verdad se trata

³⁷ Dispone el art. 14 “DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

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

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

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

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

Luego, el art. 18 desarrolla la caducidad, en los siguientes términos: “DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

“En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

³⁸ Dispone el art. 1 de la ley 828 de 2003: “Modifícase el párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así:

“PARÁGRAFO 2. Será obligación de las entidades estatales incorporar en los contratos que celebren, como obligación contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) por lo cual, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora.

“Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, por cuatro (4) meses la entidad estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa.

“PARÁGRAFO. En los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se incluirá una cláusula que incorpore esta obligación hacia futuro.”

de elementos de la naturaleza del contrato.

ii) En el común de los casos esta garantía no es tan intensa como se acaba de mostrar. Casi siempre las faltas y las sanciones contractuales las contempla el mismo contrato –no una la ley en sentido formal o material-, apoyados en la autorización que procede del derecho civil y del comercial, donde se permite pactar multas y cláusulas penales³⁹, como las sanciones contractuales más frecuentes⁴⁰. Pero hay que analizar si se vulnera esta garantía del derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que la Constitución Política exige, como parte del debido proceso, el principio de legalidad estricto.

En esta hipótesis, los denominados matices o relajamientos válidos rigen la situación. Es así como, la Corte Constitucional expresa, en la sentencia SU-1010 de 2008, que “Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública”

Por tanto, en materia contractual es jurídicamente posible que la ley no contemple todas las faltas y las sanciones que se derivan del comportamiento contractual, sino que, tratándose por lo menos de las multas o de la cláusula penal, las partes tienen la facultad de hacerlo, por autorización del derecho privado, con

³⁹ A manera de ejemplo, dispone el art. 1.592 del Código Civil que la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

Por su parte el Código de comercio dispone: “Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

⁴⁰ La ley 80 autoriza a las entidades estatales a acudir a la regulación civil y comercial por la remisión que hacen los artículos arts. 13, 32 y 40. Este último, en particular, autoriza pactar las estipulaciones, acuerdos y pactos que el derecho civil y comercial permiten, entre ellos la cláusula penal y las multas. Disponen estas normas:

“Art. 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

“Art. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

“Art. 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)”

fundamento en la autonomía de la voluntad.

Obsérvese que en este campo del derecho público –que es igual para su equivalente en el privado- las partes están autorizadas por ley para pactar las conductas que dan lugar a imponer las sanciones, con sus correspondientes penas; lo que está proscrito en otras esferas sancionatorias, como la disciplinaria o la penal, donde la autonomía de la voluntad no permite actuar de esa manera. Por tanto, en la contratación estatal la garantía constitucional consiste en no ser juzgado sino conforme a *norma* preexistente al acto que se imputa.

En tal caso, el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual- contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso. Lo mismo aplica cuando es el contratista quien pretende, ante el juez, que se imponga una sanción que no se pactó, es decir, que la protección opera en ambos sentidos del contrato.

Recientemente la Sala expresó en el horizonte hasta ahora analizado –sentencia de noviembre 13 de 2008, exp. 17.009- que:

“En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

“Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

“La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

“La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

“Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa –salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

“Obsérvese cómo el “principio de legalidad” –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta –es decir, a la descripción y especificación

normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

*“Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.*

“En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes.”⁴¹

Sin embargo, tampoco es *obvia* la posibilidad de que en todo negocio jurídico las partes pacten las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones que adquieren –salvo que estén establecidas en la ley y luego las partes pacten las causas que dan lugar a ellas, y en tanto tengan competencia para imponerlas-, pues en los servicios públicos domiciliarios -donde un contrato también rige la relación del operador del servicio con el usuario, denominado “contrato de condiciones uniformes”-, se proscribió que las partes acuerden las conductas sancionables, porque sólo la ley debe hacerlo; por lo menos es lo que exige la Corte Constitucional. Sobre el particular, expresa la sentencia SU-1010 de 2008⁴²:

*“Una interpretación en sentido contrario llevaría a concluir que los artículos 140 y 142 establecen una facultad genérica de sancionar en cabeza de las empresas que prestan estos servicios, **lo que incluiría no solamente la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias, dado que la norma no se refiere a ningún tipo de sanción en particular, sino cualquier tipo de sanción que, a su juicio, resultara pertinente, siempre que así lo estableciera en el contrato de condiciones uniformes.***

*“Dicha conclusión sería inaceptable e inadmisibles por cuanto ello constituiría una **evidente vulneración del principio de reserva de ley, y específicamente del principio de tipicidad, el cual le impone al legislador la carga, no solo de tener que reconocer la facultad para sancionar, sino también de señalar las conductas constitutivas de infracción, las sanciones aplicables y el procedimiento que debe seguirse para su imposición; aspectos éstos que no pueden dejarse al arbitrio o a la definición discrecional de la autoridad administrativa.***

(...)

*“... **En este sentido, la imposición de cobros a ese título ha comportado una vulneración del derecho al debido proceso de los usuarios y suscriptores, por desconocer los principios de reserva de ley, legalidad y tipicidad, en cuanto las conductas, las sanciones y el procedimiento que informan el ejercicio de la potestad sancionadora y la regulación de los servicios públicos domiciliarios, debían estar***

⁴¹ Sobre la relación entre el principio de legalidad y el de tipicidad en las sanciones administrativas, pero sobre todo sus diferencias, ver sentencia SU-1010 de 2008 de la Corte Constitucional.

⁴² Esta doctrina no es nueva. Se remonta a las sentencias T-720 de 2005 y T-558 de 2006, contra las cuales se pronunciaron algunas Salas de decisión de la Corte, que justificaron la necesidad de dictar una sentencia de unificación –SU- sobre el tema, la que corresponde a la SU-1010 de 2008, que se citará a continuación.

contenidos en la ley.

(...)

“Las disposiciones especiales previstas en la Ley 142 de 1994 en relación con los efectos derivados del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes y con las facultades de las empresas prestadoras en estos casos, agotan la regulación de este tema en materia de servicios públicos domiciliarios. En efecto, dado que estas disposiciones responden a las particularidades propias de este tipo de contratos y regulan de manera especial e integral este asunto, no es posible que por vía de la analogía o de la remisión normativa, se recurra a figuras jurídicas previstas en el derecho privado, como, en este caso, a la cláusula penal pecuniaria.

“Sobre esto último, cabe precisar que la remisión que hace el artículo 132 de la Ley 142 de 1994 a las normas del derecho privado, se relaciona con la posibilidad de incorporar en el contrato de servicios públicos domiciliarios, reglas establecidas en el Código Civil o en el Código de Comercio respecto de aspectos generales que no se encuentren previstos o regulados en la Ley 142 de 1994, esto es, siempre que se trate de situaciones no reguladas de manera especial en dicha legislación. Una interpretación diversa a la señalada llevaría a considerar que, a pesar de que el legislador haya establecido una regulación específica e integral de determinada materia, es posible modificarla o derogarla tácitamente a través de la remisión a figuras previstas en otras normas de carácter general, en este caso del derecho privado de los contratos, generando una modificación de las previsiones especiales.

(...)

*“En este orden de ideas, como quiera que la Ley 142 de 1994 establece una regulación especial e integral en torno a las consecuencias que se generan por el incumplimiento del contrato por parte de los usuarios y a las facultades que pueden ejercer las empresas en estos eventos, **no es posible alegar una remisión a las normas generales del derecho privado en este tema, dentro de las cuales se encuentra aquella que habilita a las partes para pactar cláusulas penales pecuniarias, por cuanto se trata de una situación que encuentra una regulación específica e integral en la ley especial aplicable al contrato de servicios públicos domiciliarios, y allí no se contempló la posibilidad de pactar la cláusula penal.***

(...)

“A partir de tales consideraciones, la Sala concluyó que los cobros efectuados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, no pueden ampararse en disposiciones pertenecientes al ámbito exclusivo del derecho privado de los contratos.

(...)

*“En consecuencia, los cobros que se han hecho a título de sanción comportan una clara y evidente violación de los artículos 6, 29 y 210 constitucionales, en tanto constituyen una extralimitación de las funciones y prerrogativas que les han sido reconocidas por la ley a las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, ya sean públicas o privadas. **Estas actuaciones, han comportado una vulneración del derecho al debido proceso de los usuarios, por haber sido impuestas con absoluto desconocimiento de los principios de reserva de ley y de los principios de legalidad y tipicidad, en cuanto las conductas, la sanción y el procedimiento que informan el ejercicio de la potestad sancionadora** y la regulación de los servicios públicos domiciliarios, debían estar contenidos en la ley.” (Negrillas fuera de texto)*

Lo dispuesto en esta providencia es fruto de muchos años de reflexión judicial, y muestra que verdaderamente existe una evolución en la materia, toda vez que lo que en alguna época se admitió y autorizó –que los contratos de condiciones uniformes regularan sanciones para los usuarios, adicionales a las que establece la ley 142-, luego se prohibió, como ocurrió en esta materia, haciendo la Corte Constitucional más exigente aún el derecho al debido proceso en esta clase de actuaciones administrativas, elevando el tema a la altura de las exigencias penales, disciplinarias y fiscales.

En relación con los contratos regidos por las leyes 80 y 1.150 se observa que algunas sanciones, medidas represivas y limitaciones a la libertad de actuación contractual, tienen este mismo nivel de exigencia en cuanto a la legalidad, es decir, que la ley señala las conductas prohibidas durante la ejecución de la relación negocial, tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración de un siniestro, en cuyo evento la ley define –no lo puede hacer otra norma- los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esos poderes, por ende, no se le permite a la administración modificar los supuestos fácticos que le autorizan ejercer los poderes públicos mencionados.

Pero el hecho de que las disposiciones legales que regulan esos aspectos sean amplias, generales y hasta imprecisas no desdice de esta afirmación, porque corresponde a la administración determinar -con ayuda de la hermenéutica- el alcance de las exigencias que impone el legislador, para establecer en cada caso si se cumplen los supuestos que impone; pero esto es distinto, aunque también muestra la flexibilidad que puede alcanzar el derecho administrativo sancionador, que es un poco menos riguroso en este aspecto que el penal.

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-.

Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización -*lex previa*-, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder⁴³.

Con estos matices rige en materia contractual el primer principio que integra el debido proceso.

⁴³ Criticando esta postura, que declina la legalidad fuerte por una débil, afirma Alejandro Nieto García: “En este proceso el primer paso hacia atrás está constituido materialmente por la sustitución del principio de legalidad por el principio de la antijuridicidad, es decir, por la previsión de los ilícitos y sus sanciones en una norma de cualquier rango y no necesariamente en una ley formal. Este proceso no ha sido, desde luego, una concesión ideológica al pasado, sino, pura y simplemente, una imposición de la realidad, dado que es físicamente imposible realizar una tipificación exhaustiva por medio de leyes. Ante esta situación inevitable y constatable, el dogma ha tenido que ceder y relajarse en formulaciones teóricas más o menos ingeniosas - como la de la ‘colaboración’ reglamentaria-, pero que no puede disimular el hecho descarnado de que el principio de legalidad no supone la regulación exclusiva y excluyente del derecho administrativo sancionador a través de la ley. Forzoso es reconocer, con todo, que este retroceso, que esta aproximación del dogma a la realidad, ha tenido lugar con una resistencia poco menos que heroica y guardando en lo posible las garantías de la legalidad... pero a nadie se le escapa que, una vez abierto el portillo, resulta prácticamente imposible evitar que por él se cuele lo tolerable lo intolerable...” (Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. Madrid. Segunda edición. 1994. Pág. 203)

b) El derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente, también actúa en materia contractual, e igualmente en forma diversa.

Alude a que la potestad sancionatoria cuente con la asignación previa de la competencia para imponer la medida coercitiva o limitadora de la libertad. Se trata de la atribución previa de la facultad correctiva sobre el contratista⁴⁴. En efecto, la garantía del juez o tribunal competente se refiere, en materia administrativa, a la asignación de competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones contractuales, pues ella tiene la facultad para hacerlo.

Ahora, el funcionario que puede ejercer la competencia asignada al órgano público es el representante legal de la entidad, según se deduce del artículo 11 de la ley 80⁴⁵, potestad que es delegable en los términos del art. 12 de la misma ley⁴⁶. Esta garantía tiene fundamento adicional en el artículo 121 CP., según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, sólo que esta norma es más general que el art. 29 CP., pero también contiene o expresa el principio de legalidad, pero no exclusivamente a nivel sancionatorio sino a nivel de competencias de cualquier clase que correspondan a las entidades públicas.

En el caso *sub iudice* el actor cuestiona precisamente este asunto, sobre el que la Sección Tercera se ha ocupado en múltiples ocasiones⁴⁷. En algunas debió

⁴⁴ Así mismo lo ha entendido la Corte Constitucional: “Por tal razón, lo primero que debe concluirse es que nos encontramos frente a la imposición de verdaderas sanciones de carácter pecuniario, en ejercicio de una potestad que, según aducen las empresas, les ha sido otorgada. En este escenario, **la pregunta que surge entonces es: ¿las empresas... efectivamente tienen la facultad de imponer este tipo de sanciones?**”

“Para dar respuesta a este interrogante, debe recordarse que **en nuestro ordenamiento jurídico es posible que el legislador otorgue tanto a las autoridades administrativas como a los particulares que ejerzan funciones públicas la facultad de imponer sanciones. En este escenario, es válido que dicha autoridad establezca que las empresas..., independientemente de su naturaleza oficial o privada, puedan sancionar conductas** que afecten la posibilidad de asegurar a todos los habitantes del territorio nacional la prestación eficiente del servicio y, en consecuencia, la consecución de la finalidad social del Estado en esta materia.” (Negrillas fuera de texto)

⁴⁵ “Art. 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

“1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

“2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

“3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

“a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

“b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

“c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.”

⁴⁶ “Art. 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. <Ver Notas del Editor> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”

⁴⁷ Por ejemplo, en la sentencia de 30 de julio de 2008 se decidió la acción de simple nulidad formulada en contra del artículo 54 de la Resolución No. 108 de 1997 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el cual establecía la facultad de las empresas de servicios públicos domiciliarios para sancionar pecuniariamente a los usuarios. Se declaró nulo el artículo acusado, abajo porque la potestad pública de imponer sanciones

precisar si la administración cuenta con la potestad para declarar la ocurrencia de un siniestro, y por lo tanto para afectar la póliza o garantía constituida en su favor. La providencia desestimó la posibilidad de que las competencias de las entidades estatales se deduzcan a partir del principio conocido como la *potestad de decisión previa*:

“Al respecto, considera esta Sala imperioso precisar ahora que la ilegalidad, por falta de competencia, para proferir un determinado acto administrativo no se puede purgar a través del “privilegio de decisión previa”, porque si bien éste supone la toma de decisiones por parte del Estado sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados o con la anuencia previa del juez, éstas sólo pueden ser adoptadas en ejercicio de una competencia establecida en la ley. Así, el privilegio de lo previo no constituye el fundamento de la competencia; por el contrario ésta es un presupuesto necesario de aquél. De otra manera, se desconocerían los artículos 122 de la Constitución Política –según el cual no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento– y 84 del C.C.A., en cuanto dispone que la acción de nulidad contra los actos administrativos puede fundarse en el hecho de que los mismos hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes.” (Sentencia de abril 14 de 2005, exp. 14.583)

Finalmente, concluyó esta providencia, sobre la competencia para declarar el siniestro, que las entidades cuentan con la potestad para hacerlo, sustentado en que:

“Lo anterior, sin embargo, no obsta para considerar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 24 de mayo de 2001, que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4° y 5° del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, y allí se incluyeron, entre otros:

(...)

“Para la Sala, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones:

(...)

“En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

“Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo – aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico –ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a

favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

“Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado –sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

“Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.” (Sentencia de abril 14 de 2005, exp. 14.583)

Esta posición se ha reiterado en múltiples providencias, entre ellas la de abril 14 de 2005, exp. 13.599, y más recientemente la de abril 22 de 2009, exp. 14.667. Incluso, el inciso cuarto del art. 7 de la ley 1.150 de 2007 reiteró la competencia de la administración, al señalar: *“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.”*

En otras ocasiones, y frente a otro tema, la Sala debió precisar si la administración podía imponer las multas y la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, adoptando tesis que se han opuesto en el tiempo, hasta concluir, con base en el art. 17 de la ley 1.150 que se tiene la competencia para hacerlo. Así, por ejemplo, se señaló en el auto de junio 4 de 1998 –exp. 13.988- que:

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

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

Esa posición fue recogida luego, en la sentencia de 20 de octubre de 2005 –exp. 14.579-, porque una vez más se discutió si las entidades estatales tenían la competencia para imponer las sanciones. En el fondo se trataba de una discusión por el debido proceso, en su faceta del juez natural, pues sólo quien puede tomar una decisión podrá juzgar la conducta que se reprocha:

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

“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 1998⁴⁸ y del 20 de junio de 2002⁴⁹, 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.”

No cabe la menor duda que la Sección Tercera siempre ha mostrado su interés por desentrañar la competencia de la administración para adoptar determinadas decisiones contractuales, encontrando que en aquellos casos en que no exista, entonces no puede ejercer la potestad que se arroga. Así, por ejemplo, en un evento donde una entidad pública regida por el derecho privado impuso a su contratista una sanción pecuniaria, dispuso la Sala que la decisión era nula:

“Se advierte, de otra parte, que en virtud del principio de legalidad que informa a la actividad administrativa del Estado, las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultadas por la ley; y trasladado este principio a la actividad contractual, se deduce que, si la ley no le otorga una facultad sancionatoria frente a su contratista, la Administración no puede arrogársela.

“En el presente caso, la competencia de Cajanal, a la hora de celebrar el Contrato No. 1482 de 1993, estaba legalmente limitada, puesto que debía someterse, respecto de ese negocio jurídico y en virtud de su objeto, a los mismos requisitos de los contratos entre particulares, es decir que no podía incluir en él, facultades contenidas en el estatuto contractual de la Administración Pública, tales como la de imponer multas a su contratista.”
(Sentencia de mayo 21 de 2008, exp. 14.581)

Tratándose del ejercicio de los poderes exorbitantes –terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, caducidad, reversión, entre otros-, que suponen auténticas potestades públicas, que limitan las libertades o restringen derechos y garantías, también la Sección ha exigido el respeto del derecho a que su ejercicio lo ejerza la *autoridad competente*, porque en algunos casos ha tenido que controlar la posibilidad de que se ejerzan en contratos donde no se pueden pactar estas cláusulas. En este sentido, concluyó, de la mano del art. 14 de la ley 80, que sólo en los contratos que tengan por objeto la obra pública, la realización de actividades que constituyan un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación de bienes del Estado, o la prestación de servicios o el suministro de bienes, es posible ejercer estos poderes –en los dos últimos casos siempre que las partes acuerden su inclusión-. Sobre el tema, señaló en la sentencia de 30 de noviembre de 2006 –exp. 30.832- que:

“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos

⁴⁸ Exp. 13988.

⁴⁹ Exp. 19488.

anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

“Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

“De un lado, porque, **como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización**, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas –por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, **porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.**

“De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.” (Negrillas fuera de texto)

En conclusión, el derecho a que el juez o tribunal sea competente para adoptar una decisión rige en materia sancionatoria contractual, e inclusive en los procedimientos no sancionatorios, lo que tiene apoyo en el art. 29 CP., así como en el art. 121 CP., según el cual “ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”⁵⁰

c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal⁵¹.

En general, proscribire las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que “Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la

⁵⁰ Al respecto, la Corte señaló en la sentencia T-1341 de 2001, sobre el valor que tiene la legalidad en el derecho al debido proceso administrativo, que “(...) Dentro del campo de las actuaciones administrativas ‘el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico’. Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho (...)”.

⁵¹ En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: “Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos**, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.” (Negrillas fuera de texto)

eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”⁵²

Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión⁵³. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé- que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. *De un lado*, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”⁵⁴. *De otro lado*, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir “... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...”⁵⁵. Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública. Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:

“Como quiera que el cargo formulado por la demandante se concreta en la ausencia de una oportunidad para conocer las razones de incumplimiento alegadas por la entidad contratante para poder justificarlas, lo cual en su criterio respondía a una defensa adecuada y necesaria para la expedición del acto, el punto central de análisis por parte de la Sala será determinar si es suficiente la expedición de un acto debidamente motivado como lo señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, antes de la expedición del acto debe agotarse un procedimiento administrativo concreto que garantice el derecho de defensa y el debido proceso.

(...)

*“De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el***

⁵² Corte Constitucional, sentencia SU-1010 de 2009.

⁵³ En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: “Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo**. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.” (Negrillas fuerza de texto)

⁵⁴ Ob. Cit. Pág. 114-115.

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 123.

particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.

(...)

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

“La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. **En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta.** Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.

“Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.”

Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía *in bonam partem*- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente la Sección Tercera definió el problema, al

juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008⁵⁶, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. (...)

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política,...”⁵⁷ (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma

⁵⁶ “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permita al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición(...)

⁵⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

supletoria para estos casos⁵⁸.

“Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

*“Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que “...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación” se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, **debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.**” (Negrillas fuera de texto)*

Si se hace una integración de principios constitucionales, en relación con el tema que se estudia, se tiene que el procedimiento que se echa de menos no tiene que ser tan complejo como el judicial, porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP.-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones; pero esto tampoco puede llevar a desconocer las garantías ciudadanas. En palabras de la sentencia de 17 de marzo de 2010 de esta Sección –exp. 18.394-: “Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandado perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁵⁹, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.)”

Además, es una verdad irrefutable que la ejecución de los contratos públicos tampoco puede convertirse en un sucedáneo de la función judicial, en cuanto a la resolución de conflictos que surgen en los negocios; pero esto tampoco puede justificar la inmediatez atropellante del poder público sobre el ciudadano. No es sencillo precisar lo que se debe lograr, pero está claro que se tiene que alcanzar

⁵⁸ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

⁵⁹ Constitución Política: “Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

un justo medio entre el derecho a las formas propias de cada juicio –art. 29-, con los principios de economía, celeridad y eficacia –art. 209 CP.-.

Sobre este derecho, la Sección Tercera estableció, en la sentencia del 23 de junio de 2010 –exp. 16.367-, al juzgar un caso donde se alegaba el mismo derecho que del material probatorio allegado al proceso se encontraba acreditado que FERROVÍAS le había impuesto al actor una sanción de plano, de aquellas que vulneraban el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración, puesto que previo a imponer la sanción respectiva no había adelantado el procedimiento respectivo, según las formas propias de cada juicio, al respecto señaló:

“Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del ius puniendi- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: ‘Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente’, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

*“Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, **a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.***

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” (Negrillas fuera de texto)

“Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento⁶⁰ y la necesidad de motivar la decisión⁶¹.

“La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

“El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia

⁶⁰ “Art. 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado. “

⁶¹ Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

“Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.”

Es bueno tener presente que la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido que la comunicación que satisface el derecho del contratista a ser puesto en conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo, la constituye aquella que a lo largo de la ejecución del contrato se cruzan las partes del negocio en el sentido de reprochar una conducta o acto de ejecución del negocio. Dispuso la Sala en el auto de 24 de septiembre de 1998 -exp. 14.821- que:

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

*“La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta. **Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.”** (Resaltos fuera de texto)*

En otra ocasión expresó en sentido similar -sentencia de mayo 29 de 2003, exp. 18.091- que:

*“Por consiguiente, al contratista no se le vulneró el derecho de defensa con el acto administrativo que impugna, como quiera que la multa impuesta no fue ninguna sorpresa para el contratista, **pues todo el tiempo fue informado de las irregularidades e inconformidades en que reparaba la contratante.** Tratándose de un acto administrativo expedido dentro de la actividad contractual, **la administración involucra al contratista en la toma de sus decisiones cuando con ocasión del desarrollo y ejecución del contrato le pone de presente,** le manifiesta las actuaciones particulares que se van presentando en el contrato, a manera de quejas, reclamos, solicitud de mejorar el servicios, etc. De tal manera que lo que se pretende con las actuaciones administrativas en las que involucra al administrado, es evitar decisiones sorprendidas, intempestivas, que asalten la buena fe de los contratantes.” (Resaltos fuera de texto)*

En otro caso indicó, sobre el mismo tema -auto de julio 24 de julio de 2003, exp. 18.091-, que:

“[L]a Sala observa (...) que previamente a la declaratoria de caducidad del

*contrato, **el municipio le corrió traslado al contratista de los informes de interventoría en los cuales se precisaba el incumplimiento del mismo, brindando la oportunidad de controvertirlo.** Bajo estas circunstancias, no es equivocado sostener que la sociedad (...) conocía suficientemente las observaciones que **había hecho la entidad contratante** sobre su comportamiento durante el desarrollo del contrato y durante ese trámite administrativo tuvo la oportunidad de oponerse y controvertir los informes rendidos por el interventor. Después de concluido dicho procedimiento la administración sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, por esa razón no cabe concluir que se violó el derecho al debido proceso. En principio la decisión de la entidad contratante fue el resultado de los informes presentados por el interventor que revelaban el comportamiento del concesionario durante la ejecución del contrato...” (Resaltos fuera de texto)*

Más adelante agrega la providencia que se viene citando que “De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre *las partes* del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa.

“El juez, por tanto, debe analizar -con especial cuidado- que las cartas enviadas cumplan con los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción.

“Si se aprecia con detenimiento la jurisprudencia de esta Sección, ella no permite que el inicio de las actuaciones se haga con cualquier manifestación contenida en una carta, sino que exige claramente que se indique en qué consiste la inconformidad con el avance del contrato -art. 28 CCA.-.

“En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse -de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración -art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

“Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las

obligaciones contractuales. En otras ocasiones la Sala se ha referido con claridad a temas semejantes⁶².

“En conclusión, está claro en el caso concreto que no se inició un procedimiento sancionatorio, y que el primer acto jurídico de FERROVÍAS, de cara al contratista, fue la sanción misma. Ahora, no se puede admitir en este caso -pese a que en el pasado lo toleró la jurisprudencia-, que este derecho se garantizó con la posibilidad que tuvo el actor de discutir la decisión inicial, a través de los recursos de la vía gubernativa, y de la oportunidad nacida a partir de allí de pedir pruebas y controvertirlas.

“Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998. exp. 14.821- que ‘De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad** o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.’ (Negritas fuera de texto)

“Fue la vulneración constante a este derecho lo que le hizo establecer a la ley 1.150 de 2007 lo que debió deducirse sin dificultad a partir del art. 29 CP., es decir, que: ‘... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...’

“En conclusión, la Sala encuentra demostrado que no se adelantó un procedimiento previo, que es indisponible por la administración. Incluso, de los alegatos de conclusión en esta instancia se infiere que en verdad no existió esa etapa preliminar, pues FERROVÍAS sostuvo, sobre la garantía del derecho al debido proceso, que lo aseguró, ‘... prueba de ello hace parte del expediente los recursos (sic), el de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución 501.’ –fl. 217, cdno. Ppal.”

d) El derecho a que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” también gobierna las actuaciones contractuales.

⁶² En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó esta Sección al respecto: “Lo que se quiere subrayar es que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque **la Administración a lo largo de la relación negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.**

(...)

“En conclusión, en materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, **se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión,** procedimiento en la formación de la voluntad de la Administración que no se suple con los recursos por vía gubernativa, dado que es otra fase de la actuación, en la que si bien impera también la garantía del debido proceso, en ella se discute la decisión ya tomada.”

La manifestación de esta protección constitucional no dista de la que sugiere e inspira el derecho penal, esto es, que una norma posterior más favorable que una anterior debe aplicarse en forma preferente. Este supuesto se presenta cuando una ley establece una sanción por la realización de una conducta, y posteriormente otra ley reduce la pena o incluso la extingue⁶³. Del mismo modo, si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue debe darse aplicación al principio de favorabilidad.

En estos casos, pese a que existe un principio en la ley 153 de 1887, que señala que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, debe tenerse como excepcionada esa disposición –según indica la misma norma- cuando se trata de sanciones, pues en tal caso si la nueva ley es más favorable se debe aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable⁶⁴.

Una razón adicional justifica esta posición: la norma que establece qué rige los contratos es una ley –ley 153 de 1887-, mientras que la que dispone que la favorabilidad rige en materia sancionatoria –sin distinguir el ámbito de aplicación- es la Constitución Política –art. 29-, de allí que aquella debe ceder, en este exclusivo aspecto, ante esta. A su vez, esta postura se fundamenta en el art. 4 CP., que dispone que la Constitución es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley -como eventualmente podría presentarse en un caso como estos- prevalece la norma fundamental.

Todos estos ámbitos del derecho analizado son los que aplican en la contratación estatal.

e) El derecho a que “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*” también rige en la contratación estatal.

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege.

En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del *ius puniendi* administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el

⁶³ La ley 153 de 1887 regula en dos disposiciones la manera de aplicar este derecho, lo que es trasladable, en lo pertinente, al derecho administrativo:

“Art. 44. En materia penal la ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios á la odiosa ó restrictiva, aún cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

“Esta regla favorece á los reos condenados que estén sufriendo su condena.”

“Art. 45. La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

“La nueva ley que quita explícita ó implícitamente el carácter de delito á un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación.

“Si la ley nueva minora de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

“Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

“Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

“Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.”

⁶⁴ “Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.” (Negritas fuera de texto)

contratista tiene en su favor, por disposición constitucional.

f) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero se requiere hacer dos precisiones.

De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es *conditio sine qua non* de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: “En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.” (Sentencia T-011 de 1993)

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión⁶⁵, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte⁶⁶.

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes⁶⁷,

⁶⁵ Dispone el art. 28 CCA. “DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”

⁶⁶ Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.** A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.” (Negrillas fuera de texto)

⁶⁷ Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: “6.1. En esta oportunidad las sociedades... consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.**(...)

“A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, **la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades..., por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial.** En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.

(...)

“Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito

ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

En esta misma línea de pensamiento, la Sección Tercera, Subsección C, expresó sobre estos derechos que –sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 21.430-: “... como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial del municipio se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de marzo 24 de 1995-, donde señaló que el contratista incumplió el plazo de entrega de las obras y la calidad del trabajo.

“Además –se insiste-, no existe constancia de haberse puesto esa comunicación en conocimiento del contratista, ni ninguna otra que soportara la decisión sancionatoria, como para que se defendiera de la acusación. Por el contrario, en términos del procedimiento administrativo, lo que se deduce es que éste supo de la existencia de la carta por la referencia que la sanción hizo a ella. Y eso que el art. 28 CCA. exige poner en conocimiento del sancionado el objeto del procedimiento administrativo. Todo esto es inadmisibles en términos de un trámite sancionatorio, y por ello resulta claro que la entidad formó su voluntad de manera unilateral, acudiendo tan sólo a la información que le entregó su interventoría –lo cual no es reprochable hasta este punto-, pero ha debido poner en conocimiento del contratista la decisión de ejercer el poder de corrección del contrato, para que expresara su opinión y, sobre todo, para que aportara las pruebas y argumentos que lo defendieran del criterio que se había formado la interventoría, para que, de ese modo, el municipio pudiera adoptar una decisión ajustada al debido proceso.

“En este contexto, la Sala echa de menos que las observaciones y apreciaciones de la interventoría no se pusieron en conocimiento del contratista, lo que confirma el comportamiento de la entidad estatal, en el sentido de establecer un sistema muy particular de aprehensión del tema, y luego de su voluntad, porque sencillamente el fundamento de su criterio fue puesto en conocimiento a través de las decisiones mismas -no previamente, como era lo adecuado para garantizar la defensa y el debido proceso en general-.

“De todo esto la Sala advierte que para adoptar la decisión inicial el contratista no tuvo la oportunidad de defenderse “al interior de un procedimiento sancionatorio”, donde se le garantizara la posibilidad de presentar argumentos propios, pruebas y controvertir las que se allegaran en su contra. Por el contrario, la entidad se informó de lo acontecido por sus propios medios, y básicamente obtuvo datos de sus funcionarios y de su interventor, pero sin conceder la oportunidad al actor de explicar los hechos según sus puntos de vista y las pruebas que tenía al alcance.

“Por esta razón, la Sala confirmará la nulidad de las decisiones demandadas, porque es indisponible el derecho que tienen los contratistas a ser oídos *oportunamente*.”

g) El derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”

radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión.”

tiene innegable aceptación en materia contractual.

En realidad se trata de dos garantías. Una consiste en que la publicidad de todos los actos y las actuaciones constituye la regla general del procedimiento. En este sentido, la publicidad garantiza al implicado –contratista, aseguradora, oferente, etc.- el acceso a la información –lo que es obvio-; pero, además, ampara a cualquier persona que desee acceder a ella, aún durante el trámite del procedimiento.

El derecho a que la actuación se adelante y decida en un tiempo prudente es la otra garantía que tiene protección en la contratación estatal, y exige de la administración la adopción de decisiones no sólo correctas sino también oportunas.

h) El derecho a “a impugnar la sentencia condenatoria” también tiene aplicación incondicional en los procedimientos contractuales, porque tanto el CCA como la ley 80 contemplan la posibilidad de interponer los recursos de la vía gubernativa contra las decisiones de la administración. La última norma dispone al respecto, en el inciso segundo del art. 77, que: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”⁶⁸

La particularidad de esta disposición consiste en que sólo admite el recurso de reposición, no el de apelación –y en consecuencia tampoco el de queja-, contra las decisiones proferidas durante la actividad contractual, lo cual, en parte, obedece a razones lógicas, ya que en términos del art. 11, num. 1, de la ley 80: “La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.” De esta forma, y en concordancia con el artículo 50, inciso segundo, CCA., “No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.”

En estos términos, como los representantes de las entidades descentralizadas son quienes tienen la competencia para contratar, por disposición del CCA. también se entendería que sólo procede el recurso de reposición contra lo que decidan; y lo mismo aplica para otros funcionarios que tienen superior jerárquico, pero que por disposición del Código sus decisiones no admiten apelación –tal es el caso de los Ministros-. No obstante, queda otro grupo de funcionarios que tienen capacidad para celebrar los contratos estatales, pese a que no son representantes legales ni están excluidos por el CCA. del recurso de apelación -aunque tienen superior jerárquico-, en cuyo caso sus decisiones sólo admiten el recurso de reposición por mandato estricto del art. 77 de la ley 80.

En todo caso, la ley 80 garantiza que por lo menos a través del recurso de reposición se puede impugnar la decisión sancionatoria, ajustándose la norma a la Constitución.

En este sentido, expresó la Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia de marzo 30 de 2011, exp. 20.917, que: “El primero –se alude al derecho a impugnar la decisión desfavorable- se desconoció porque al no poder controvertirse la

⁶⁸ No obstante, el párrafo primero del mismo artículo establece una excepción: “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

resolución que declaró el siniestro se impidió su contradicción, y es claro que si a la autoridad administrativa la dotó la ley del poder de autotutela declarativa, también es cierto que debe hacerlo observando un procedimiento debido, convertido en derecho fundamental en materia administrativa, y que le asigna al administrado el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión, manifestación que se materializa a través de la posibilidad de la impugnación. Al no poder hacerlo, porque la autoridad pública rechazó indebidamente el recurso, se vulnera esta garantía constitucional, que sirve para controlar, en la vía administrativa, el poder sancionatorio e impositivo general de la administración.

“En estos términos, el rechazo del recurso de reposición o de apelación, sin causa justificada, riñe con la garantía constitucional del debido proceso, porque limita hasta su probable anulación las posibilidades de defensa del ciudadano, frente a una decisión que esencialmente es cuestionable por el afectado.

“El segundo derecho mencionado –*se alude al derecho a la defensa*- también se desconoció, porque no es posible ejercer una parte importante de la defensa, al interior de un procedimiento administrativo, cuando los argumentos de inconformidad que contiene el recurso de reposición –o el de apelación, en otros casos- no son escuchados. Y aunque podría pensarse que el afectado pudo defenderse en etapas anteriores del procedimiento, sería inaceptable sostenerlo y admitirlo, porque la defensa se debe garantizar en todas las ocasiones o momentos donde sea válido ejercerla, sin que unos momentos o circunstancias anulen aquellos donde también se debe garantizar.

“En esta ocasión -particularmente en esta- la defensa se redujo, incluso excesivamente, porque las razones que expuso la compañía de seguros, en el recurso de reposición, no fueron leídas y contestadas por la administración. Al actuar así INDUMIL impuso una decisión de plano, porque sin fórmula de juicio razonó según sus exclusivas reflexiones técnicas y jurídicas.

“Incluso, la Sala no desconoce que podrían ser las correctas, en el caso concreto, pero debe tenerse en cuenta que el debido proceso no sólo protege la verdad – desde luego que ese también es su fin-, sino igualmente la dignidad del ciudadano y la oportunidad de ser oído, aunque al final se concluya que no tiene la razón. Tanto es así que una decisión administrativa puede ser correcta en su contenido pero nula en su formación, no por falta de razones, sino por violar algunas garantías del debido proceso que no admiten de su disposición.

“Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada, si se tiene en cuenta un dato adicional: Al revisar cuidadosamente los dos actos administrativos demandados, la Sala observa las pruebas tenidas en cuenta en el procedimiento, y advierte que la única oportunidad dentro de él donde actuó la Compañía de Seguros Generales de Colombia SA. fue al recurrir la resolución No. 249 de 1992 –porque no fue vinculada al procedimiento previo-, de manera que su defensa se circunscribió a ese exclusivo momento, pero desgraciada y finalmente también fracasó la oportunidad, con el argumento espúreo de INDUMIL de que no se anotó la dirección de la compañía en el escrito que contiene el recurso.

“En circunstancias como esta, el derecho de defensa de los ciudadanos exige la máxima protección, para que la administración realmente conciba el debido proceso no como un obstáculo sino como una garantía fundamental de las personas, tan similar en su naturaleza como el derecho a la igualdad, a la vida, y a tantos otros derechos humanos que se consideran intocables por el poder

público.”

i) El derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” es otra garantía que rige en la contratación estatal, tal como se formula en los más consolidados procedimientos sancionatorios.

Se sabe que una misma conducta de alguna de las partes del contrato no puede generar dos o más multas, o dos o más cláusulas penales, o dos o más declaraciones de caducidad del contrato, o una combinación de ellas.

No obstante, este derecho protege algo más que la posibilidad de imponer dos sanciones. Garantiza que no se iniciarán dos o más procesos, al margen de los resultados que produzcan. Así, la sola iniciación de un segundo procedimiento administrativo quebranta este derecho constitucional.

No obstante lo anterior, no se vulnera la garantía cuando una conducta incorrecta se reitera, y la administración, con arreglo a la ley y al contrato, impone una sanción por un hecho o por un período de incumplimiento, y luego impone otra pero por un hecho posterior –así sea idéntico al anterior- o por un lapso diferente. En estos casos no se trata del mismo hecho, y por eso procede la sanción por cada uno.

j) La culpabilidad de la conducta aplica de manera variable en materia administrativa.

Ante todo se debe advertir que no se trata de un principio del debido proceso de origen constitucional, porque el artículo 29, ni alguno otro de dicha norma, lo enuncia. Sin embargo, rige en muchas actuaciones sancionatorias, como la penal, la fiscal y la disciplinaria, pero por incorporación que el legislador hizo de él a través de las leyes que los regulan.

Aún así, para el común de las actuaciones sancionatorias administrativas no se puede decir, con criterio de validez general, si rige o no, pues se debe hacer un estudio caso a caso para concluir algo al respecto.

Tratándose de la contratación estatal se sabe que muchas sanciones incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no. En el primer grupo se encuentra, por ejemplo, la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa –art. 8.1.b) de la ley 80-; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial. De hecho el ejercicio de las potestades exorbitantes no necesariamente involucra la imposición de una sanción, lo cual conduce a que el elemento culpabilidad sea ajeno a algunos eventos, como es el caso de la interpretación unilateral en general, a la modificación unilateral o a la reversión.

Sobre el alcance problemático del tema, señala Alejandro Huergo Lora que “En la responsabilidad contractual y por incumplimiento de obligaciones en general, la regla general es que solo se responde del dolo o de la culpa, pero esa regla puede ser desplazada por normas contrarias y por el pacto de las partes...”, concepto que refleja perfectamente que en cada caso –es decir, en cada actuación sancionatoria- se debe analizar si la culpa integra uno de los aspectos que se deben considerar en las actuaciones administrativas.

k) La “no reformatio in pejus” también aplica en materia contractual, y en virtud suya se proscribe que en las actuaciones contractuales, cuando se desata la vía gubernativa, se haga más gravosa la situación del recurrente.

No obstante, se requieren algunas precisiones para definirlo en materia contractual. Si bien la Constitución Política dispone que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea “*apelante único*”, esta garantía también aplica cuando el recurso interpuesto es el de reposición, pues la norma tiene como propósito proteger al investigado de que los medios de impugnación hagan más difícil su situación, lo que hace abstracción del recurso que se emplee.

La lógica que subyace a este principio, que da cuenta de la necesidad de introducirle un matiz en materia administrativa, tiene que ver con que la formulación del debido proceso implica un fuerte raigambre judicial, donde se sabe que no procede el recurso de reposición contra las sentencias, de manera que esta garantía no necesitaba extenderse a este otro recurso, por sustracción de materia.

Sin embargo, al descender al campo administrativo, en particular al contractual, se encuentra que el único medio de impugnación de las decisiones es el recurso de reposición, sobre el cual –se considera- también debe operar la proscripción de la reforma en peor, pues si se sabe que los recursos se establecen, esencialmente, en favor de los investigados –aunque también pueden servir a la administración-, mal se haría en permitir que ésta los utilice para poner en situación más difícil a quien espera la reconsideración de la decisión inicial.

Entre otras cosas, no se olvide que el sentido de esta garantía se fundamenta en varias ideas, entre ellas en la necesidad de limitar y proscribir la arbitrariedad de quien detenta el *ius puniendi*, que se estimula cuando se autoriza que al resolver el recurso de reposición se impongan cargas más gravosas.

En efecto, patrocinar indirectamente que la administración adopte medidas “ejemplarizantes” contra los ciudadanos –lo que ocurriría si se permite agravar la situación de quien impugna una decisión a través del recurso de reposición-, propicia y facilita esa peligrosa conducta administrativa, que se convertiría en política de actuación oficial, con el ánimo de desestimular la impugnación de las decisiones administrativas, al servir de paradigma para los demás ciudadanos observar lo gravoso que sería hacerlo, al manifestarse como un especie de mensaje para aquellos que se atrevan a discutir en el futuro otra decisión de la administración.

Como resultado, es evidente que el temor que produce sobre los sancionados esta sola posibilidad, ante el riesgo de quedar en una situación más difícil de la que tenían antes del recurso, hará desistir a cualquiera de impugnar la decisión administrativa. Por tanto, no cabe la menor duda que en ningún caso procede la *reformatio in pejus*, porque se atentaría contra la Constitución Política.

Este principio, que ofreció discusión sobre su incorporación en materia administrativa, quedó superado con el nuevo Código Contencioso Administrativo, que en el artículo 3, num. 1, dispuso:

“Art. 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

“Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena

fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

“1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

“En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

(...)”

En estos términos, incluso legislativamente está asegurada esta garantía, en medio de la desafortunada discusión que ha ofrecido el art. 31 de la Constitución Política, a lo largo de estos años. Pareciera, equivocadamente, que el artículo 4 no rigiera de manera directa, pero esta garantía terminará imponiéndose, ahora sí de manera indiscutida, porque la ley de procedimiento administrativo así lo dispone; paradójicamente no porque la Constitución Política lo haya ordenado desde 1991.

5. Contenido e interpretación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Como se deriva de lo expuesto, el establecimiento de términos preclusivos o límites temporales al ejercicio de la facultad sancionadora de la administración se constituye en uno de los elementos que se adscriben al núcleo esencial del derecho al debido proceso en materia contractual, de allí la gran relevancia que comporta el análisis y estudio del artículo bajo estudio.

Han sido diversos los pronunciamientos jurisprudenciales⁶⁹ respecto del carácter limitado de la administración para ejercer su facultad sancionadora y de su sujeción tanto a los términos previstos por el legislador, como a una serie de garantías, derechos y principios constitucionales que siendo propios del derecho penal, han de aplicarse de forma matizada a toda actuación de la administración en este campo.⁷⁰

Ahora bien, el término preclusivo previsto por el legislador mediante el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no sólo se erige como un límite temporal de competencia dentro del cual la administración puede ejercer esa facultad que le ha sido atribuida, sino también como un instrumento a través del cual se procura garantizar la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y prevalencia del interés general en favor de los administrados y se controla la

⁶⁹ Sentencias C- 214 del 28 de abril de 1994, Sala Plena Corte Constitucional, Sentencia C-597 de 1996, MP: Alejandro Martínez caballero, Sentencia C- 506 del 3 de julio de 2002, MP: Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, MP: Alvaro Tafur Galvis, entre otras.

⁷⁰ Al respecto mediante sentencia C- 401 del 26 de mayo de 2010, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo medoza Martelo, se señaló “ (...)De manera particular, la Corte ha precisado que en materia de términos procesales, el margen de configuración del legislador es muy amplio, ya que no existe un parámetro estricto para poder determinar en abstracto la razonabilidad de los mismos dado que ella está vinculada a la finalidad de los procedimientos, que no es otra que la de permitir la realización del derecho sustancial.
(...)”

Esta Corporación ha puntualizado que el establecimiento de términos que predeterminan el normal trámite de los procesos judiciales o administrativos, es un desarrollo claro de la cláusula general de competencia del Congreso para hacer las leyes y que la Constitución le ha conferido al Legislador un amplio margen de configuración política de los procedimientos, puesto que con ello no sólo pretende otorgar un alto grado de seguridad jurídica a los administrados, sino también busca la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Carta.”

actividad de la administración.⁷¹

5.1.1 De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 1° del Código Contencioso Administrativo relativo al procedimiento administrativo general, en materia de caducidad de la facultad o competencia sancionadora de la Administración, la regla general, aplicable a toda actuación o procedimiento administrativo que realice la administración pública en defecto de previsión especial sobre el particular, es la contenida en el artículo 38 en comento y a cuyo tenor se lee:

“salvo disposiciones especiales en contrario, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanción caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”

Si bien la norma es clara al señalar un término de tres (3) años dentro del cual la administración se encuentra facultada para ejercer la potestad sancionatoria y se presenta una posición uniforme respecto del momento a partir del cual ha de contabilizarse el mismo, al interior de las Secciones de esta Corporación se han generado diversas interpretaciones respecto del momento a partir del cual se interrumpe su contabilización; tema este que en razón al interés que comporta para el sub lite, la Sala compendia en los siguientes términos:

- **Primera Postura:** la denominada tesis laxa, hace referencia a que basta con que la administración expida el acto administrativo mediante el cual impone la sanción respectiva, esto es el acto administrativo principal a través del cual la administración expresa su voluntad y culmina una determinada actuación sin necesidad de que deba ser notificado, ni se encuentre en firme, es decir no se requiere que se hayan agotado los recursos en sede administrativa dentro del término señalado por el legislador⁷².
- **Segunda Postura:** o la denominada tesis intermedia, hace referencia a aquella interpretación conforme a la cual dentro del término previsto en la norma, la administración no sólo debe expedir el acto administrativo mediante el cual impone la sanción respectiva y expresa su voluntad, sino que el mismo se debe encontrar debidamente notificado, sin importar si se ejercen o no los recursos en sede

⁷¹ Al respecto ver sentencia C- 401 del 26 de mayo de 2010, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que se señaló: *“(…) De la jurisprudencia constitucional se desprende, entonces, el criterio conforme al cual la facultad sancionadora del Estado es limitada en el tiempo y que el señalamiento de un plazo de caducidad para la misma, constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de seguridad jurídica y prevalencia del interés general. Dicho plazo, además, cumple con el cometido de evitar la paralización del proceso administrativo y, por ende, garantizar la eficiencia de la administración.*

Como se ha señalado por el Consejo de Estado, dentro de las garantías constitucionales del debido proceso sancionatorio, cobran especial importancia los principios de igualdad, celeridad y caducidad de la acción, que imponen a la Administración el deber de actuar diligentemente y preservar las garantías de quienes se encuentren sometidos a investigación.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de noviembre de 2007, Radicado N° 25000-23-27-000-2002-90189-01(15015), CP: Héctor J. Romero Díaz, en lo relativo a la caducidad de la sanción administrativa se señaló: *“Lo primero que observa la Sala es que la Resolución Sanción IPC-RS-024 de 9 de marzo de 2001 fue notificada el 12 de marzo de ese año, y ésta es la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de la prescripción y no la fecha en que adquiere firmeza por la decisión del recurso, pues, la facultad sancionatoria se ejerce en el momento en que se impone la sanción, independientemente de que se interpongan o no los recursos o que se revoque posteriormente al decidirlos. En consecuencia, al menos desde la sanción por no declarar marzo de 1996, no se encuentra prescrita (...).”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de noviembre de 2003, Radicado N° 25000-23-24-000-2000-00451-01(7767), CP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

administrativa, puesto que esta se constituye en una etapa procesal posterior e independiente a través de la cual se busca revisar la actuación de la administración a instancia del administrado.⁷³

- **Tercera Postura:** o tesis restrictiva, hace referencia a aquella interpretación conforme a la cual dentro del término previsto en la norma, la administración no sólo debe expedir el acto administrativo mediante el cual impone la sanción respectiva, sino que el mismo se debe estar debidamente notificado y se debe encontrar en firme, ya sea porque contra el mismo no procede recurso alguno, o los recursos interpuestos ya han sido resueltos mediante otros actos administrativos y estos también se encuentren debidamente notificados⁷⁴.

Ahora bien, ante la diversidad de posturas adoptadas por las Secciones de esta Corporación, con el objeto de unificar la jurisprudencia existente sobre la materia y, en atención a la relevancia jurídica que reporta la misma, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2009, Radicado N° 2003-00442-01(S)IJ, con ponencia de la Consejera Susana Buitrago Valencia, se recogieron estas posturas a fin de precisar el criterio consolidado que adoptaría la Corporación, siendo acogida la tesis intermedia, conforme a la cual a efectos de interrumpir el término de tres (3) años de caducidad previsto en la Ley, basta con que el funcionario administrativo expida y notifique el acto administrativo principal⁷⁵.

⁷³ Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia el 18 de septiembre de 2003, Radicado N° 25000-23-24-000-2001-9130-01(13353), CP: Ligia López Díaz, Sentencia del 9 de diciembre de 2004, Radicado N° 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062), CP: María Inés Ortiz Barbosa, entre otras

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 12 de mayo de 2005, Radicado N° 70001-23-31-000-1999-01886-01(4430-03), CP: José María Lemos Bustamante.

⁷⁵ *“La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, que no ha sido unánime (...)*

(...)Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Así, la existencia de esta segunda etapa denominada “vía gubernativa” queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto. La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se “impone” la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

(...) En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir más allá de lo que el legislador quiso al consagrar (...)

Por otro tanto, la Sala considera pertinente precisar que con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por vía del artículo 52 del mismo, se adopta a nivel legal la postura adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en el proveído referido, frente a la caducidad de la facultad sancionatoria, el cual si bien no es aplicable en el presente asunto, por la importancia que reviste, se torna necesario y pertinente en esta oportunidad efectuar algunos comentarios frente a los elementos de su contenido:

i) Se establece que el término para ejercer la potestad sancionatoria por parte de la administración es de tres (3) años, contados a partir de ocurrido el hecho, salvo que se trate de un hecho continuado, evento en el cual el término preclusivo iniciará al día siguiente a cuando cesó la acción.

i)a. El legislador establece normas claras y expresas a las cuales debe sujetarse la administración en ejercicio de su facultad sancionadora; ello cuando no exista norma especial al respecto, como ocurre en este caso.

i)b. Se señala de forma clara el momento a partir del cual se debe contabilizar el término preclusivo de la facultad sancionadora, incluyendo los hechos de ejecución continuada, lo cual denota un gran esfuerzo del legislador para adecuarse a las transformaciones tanto sociales como constitucionales, así como también a las diferentes pautas señaladas a través de desarrollos jurisprudenciales; esta regulación redundante en el establecimiento de garantías efectivas certeras para los intervinientes que se ven involucrados en la decisión administrativas.

i)c. Se consagra un medio o instrumento de control al ejercicio de la facultad sancionadora de la administración.

ii) Dentro del anterior término debe expedirse y notificarse en debida forma la decisión administrativa sancionatoria a partir de lo cual no sólo se adopta de forma expresa la tesis intermedia antes acogida por la Sala Plena de esta Corporación frente al término que tiene la administración para ejercer su facultad sancionatoria sino que se zanan las discusiones respecto de las posturas que en su oportunidad fueron adoptadas por las secciones de esta Corporación y se establece una garantía de seguridad jurídica y debido proceso en favor del administrado.

iii) En caso de ejercerse los recursos contra la decisión, la administración contará con un (1) año, a partir de la impugnación, para resolverla, si el término señalado se vence, sin proferirse decisión, *“se entenderán fallados [los recursos] a favor del recurrente”*, disposición que establece un término perentorio a efectos de que la administración culmine de forma definitiva con el trámite al que dio inicio, con lo cual no sólo se establece la figura del silencio administrativo positivo como garantía a favor de los administrados de no quedar de forma indefinida en una situación de incertidumbre ante la actuación de la administración, sino que se establece una sanción en contra de la misma ante su omisión injustificada de corresponderse de forma oportuna con su deber.

De otra parte, se señala que el artículo en cita se constituye en una expresión y

*(...) En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.*_(Resaltado fuera del texto)

desarrollo del numeral 1° del artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual consagra la garantía general de respeto al derecho al debido proceso en todo procedimiento administrativo de conformidad con las normas constitucionales y legales, establece de manera expresa la aplicación de principios constitucionales al ejercicio de la facultad sancionadora administrativa, así como también se reitera el carácter limitado del ejercicio de dicha facultad.

En efecto, esta Corporación ha precisado que en materia de procedimientos administrativos, donde se incluyen las actuaciones contractuales, es obligación imperiosa de la Administración velar por la salvaguarda del debido proceso frente a quien es objeto de dicha actuación, por manera que ante la ausencia de un trámite especial que garantice ello, debe acudir a la aplicación de las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo, tal como se expuso en decisión de 21 de marzo de 2012 proferida por esta Subsección:

“Por otra parte, el artículo 17 de la mencionada ley asigna la competencia a la Administración para imponer las multas pactadas en los contratos; sin embargo, dicha decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista. Se observa como una interpretación conforme a la Constitución de este precepto legal, exige la aplicación de las garantías propias del debido proceso, no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual.

En definitiva, según el artículo 29 constitucional, en todas las actuaciones administrativas debe garantizarse el debido proceso, regla general que también resulta aplicable en materia contractual, tanto por mandato constitucional como legal, pero siempre y cuando se hubiere garantizado a través de los senderos procesales establecidos por el legislador y ante las falencias de este, o su ausencia, como ocurre en el presente asunto aplicando de manera estricta las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, tal como se expuso ampliamente en el numeral anterior.”⁷⁶

5.1.2. Por último, la Sala advierte y precisa que dado el contenido del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, y del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, surge de manera obvia su observancia y aplicación dentro de todos los procesos sancionatorios contractuales.

Cuando se trate de contratos de larga duración, la imposición de la multa debe hacerse dentro de su término de ejecución, pero eso sí, respetando el límite temporal señalado en las normas antes citadas.

Ahora, en los contratos de corta duración así como en los de ejecución instantánea, se reitera que la imposición de multas puede tener lugar hasta antes que culmine la ejecución del contrato o este se ejecute, tal como lo ha precisado esta corporación.

En resumen, la Sala señala que de ninguna manera debe entenderse que la aplicación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo o del artículo 52

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de marzo de 2012, C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Exp. 39477.

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, permite una habilitación para la administración para imponer multas más allá del término de ejecución del contrato o de límite temporal señalado en esas disposiciones.

6. Caso Concreto

Aduce el actor que la vulneración a la norma objeto de estudio en este punto se concreta en que mediante la Resolución N° 469 del 29 de septiembre de 2011, la demandada impuso sanción pecuniaria con ocasión de los incumplimientos en que incurrió el contratista de las obligaciones relativas a la no construcción de un centro de control de operaciones y la no construcción y puesta en funcionamiento de estaciones de pesaje entre el 17 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, respectivamente, esto es, por fuera de los tres años previstos en la norma, excediendo de esta forma sus facultades y vulnerando la garantía fundamental de respeto a las formas procedimentales.

6.1. De la obligación relativa al centro de control de operaciones

En el presente asunto se encuentra que el incumplimiento del contratista por concepto de esta obligación se concreta en que si bien cuenta con un centro de control de operación ubicado en el PR12+000 del trayecto 4, este no fue construido sino que fue adquirido y adecuado a través de la figura de “*alquiler a particulares*” y posteriormente puesto en funcionamiento desde el mes de abril de 2009 (fl. 54, c1) contrario a lo estipulado en el contrato en sus cláusulas N° 44⁷⁷ y el numeral 4.3⁷⁸ del apéndice B del contrato, relativo a las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento⁷⁹ conforme las cuales el contratista debía construir el centro de control y ponerlo en funcionamiento dentro de los seis (6) meses después de suscrita el acta de inicio de ejecución del contrato (folio 145 del c1).

Ahora bien, el acta de inicio de ejecución del contrato se suscribió el 16 de mayo de 2007, razón por la cual el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 17 de noviembre de 2007. A esta conclusión también se arriba con facilidad al revisar el acto administrativo objeto de impugnación en tanto que en dicha decisión la ANI señaló expresamente que a la fecha de proferirse el acto ya habían transcurrido más de tres (3) años de incumplimiento del contratista, en estos términos:

“De tal manera que siendo en la actualidad la instalación del Control de Operación, infraestructura de alquiler que no ha sido objeto de construcción por parte del Concesionario, después de transcurridos más de tres (3) años desde Noviembre de 2007 cuando se dio inicio a la etapa de construcción del contrato de concesión, es evidente el incumplimiento a la obligación

⁷⁷ Por vía de la cláusula N° 44, las partes pactaron las obligaciones de concesión relacionadas con las Casetas de Pesaje, Estaciones de Pesaje, Centros de operación y Áreas de servicio, a su vez en el N° 1.17 del acápite de definiciones se señaló:

⁷⁸ “**4.3, centros de control de operación**

“Será obligación el **Concesionario** construir, operar, y mantener en funcionamiento, durante todo el período de la concesión, por lo menos un (1) **Centro de Control de Operación**. La ubicación y distribución del área de éste **Centro de Control de Operación** hará parte de los diseños del **Concesionario**, él será el responsable de su ubicación y operación. En todo caso, cada **Centro de Control de Operación** que instale deberá cumplir con los requisitos mínimos indicados en este numeral

Seis meses después de suscrita el **Acta de Inicio de Ejecución del Contrato**, debe estar en funcionamiento el **Centro de Control de Operación**.”

⁷⁹ hoja 70 del anexo B, folio 524 del anexo 1

contractual establecida en la Cláusula 44 del contrato por parte del Concesionario DEVINAR, que le ordena que seis (6) meses después de suscrita el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, debe estar en funcionamiento el Centro de Control de Operación, para lo cual el concesionario era el responsable de su ubicación y operación, **previa su construcción**, siguiendo las especificaciones técnicas dispuestas en el contrato y demás documentos anexos..” (fls 144-145, c1).

6.2. De la obligación relativa a la construcción y puesta en funcionamiento de las estaciones de pesaje.

Revisada la solicitud elevada por el actor, se encuentra que el incumplimiento se concreta en que el contratista sólo cuenta con una estación de pesaje fija, heredada del INVIAS, hoy ANI y, con dos (2) estaciones de pesaje móviles que rotan en diferentes puntos del proyecto, contrario a lo estipulado en los numerales 4.1.3⁸⁰ y 4.1.3.1⁸¹, del Apéndice B del contrato sobre las condiciones de operación y mantenimiento, en los cuales se exige como mínimo la construcción y puesta en funcionamiento de dos (2) estaciones de pesaje fijas en dos puntos de peaje: el “Placer” y “Cano”.

Ahora bien, las estipulaciones contractuales aluden a la exigencia de un mínimo de dos (2) estaciones de pesaje fijas pero no señalan término dentro del cual debía cumplirse con la obligación, sin embargo, en el acto administrativo cuya suspensión ahora se solicita, se señala que la obligación referida debía cumplirse **“(...) a los seis meses después de suscrita el Acta de Inicio De la Ejecución del Contrato, a la iniciación de la Etapa e Construcción y Rehabilitación (...)”**, conforme se señaló en el informe de Interventoría RUMPAS 164-010-11 del 15 de julio de 2011 (fl 182,c2).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el 16 de mayo de 2007 se suscribió acta de inicio de ejecución del contrato, que según Oficio PM-IN- - 1194-2010, Radicado 2010-409-030762 la interventoría Consorcio PM Interventoras, la caseta de peaje “el placer” había sido entregada desde el 16 de enero de 2008 y que las obligaciones a cargo del contratista debían cumplirse dentro de los tres (3) meses después a la entrega de la caseta⁸², el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 16 de abril de 2008.

En este orden de ideas, es claro que la mediante la Resolución impugnada se impuso sanción pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones contractuales en las que el contratista incurrió entre el 16 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, que la multa por concepto de este incumplimiento fue expedida el 29 de septiembre de 2011 y notificada el 4 de noviembre de 2011 (folio 115, c1) esto es

⁸⁰ “4.1.3 CONTROL DEL PESO DE VEHÍCULOS DE CARGA.

El concesionario tendrá la obligación de mantener en servicio, un número de plataformas en las Estaciones de Pesaje tal que no se presenten colas superiores a tres (3) vehículos de carga. En todo caso el Concesionario deberá mantener en funcionamiento al menos una (1) plataforma en cada una de las Estaciones de Pesaje.

⁸¹ El N° 4.1.3.1., relativo a las Estaciones de pesaje del Apéndice B, relativo a las “Especificaciones Técnicas de operación, mantenimiento y servicios”, las partes acordaron que el concesionario debía *“construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo (2) Estaciones de Pesaje: una fija y una móvil a lo largo de la concesión.”*
(...)”

⁸² conforme lo estipulado en el Apéndice B1, numeral 1.2, conforme al cual el contratista en un plazo máximo de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha del acta de entrega debía realizar las adecuaciones respectivas sobre la caseta de peaje que le fue entregada, *“razón por la cual tenía plazo hasta el 16 de abril de 2008 para terminar las adecuaciones a que se comprometió”* (folio 90 del c1),

por fuera de los tres años previstos en la norma.

De lo expuesto se concluye, que sin necesidad de realizar un estudio de fondo que implique efectuar un ejercicio interpretativo minucioso o mayores valoraciones probatorias, para la Sala es claro que del sólo análisis objetivo de las fechas en las cuales el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y de las que fueron expedidos y notificados los actos administrativos por medio de los cuales se impuso multa con ocasión de los mismos, se vislumbra a todas luces una vulneración evidente, notoria o palmaria, de los términos previstos en la norma superior cuya transgresión se alega.

Ahora bien, como ha sido reconocido, según jurisprudencia reiterada tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, el establecimiento de un término preclusivo de la facultad sancionadora de la administración se constituye en un elemento del derecho al debido proceso, razón por la cual, con su transgresión se pone en juego su garantía, aspecto este que si bien deberá ser decidido de manera definitiva en la sentencia, una vez el funcionario judicial tenga a su disposición los elementos probatorios y argumentativos expuestos por las partes en el proceso, por la relevancia que conlleva deberá ser advertido por esta Subsección en esta oportunidad procesal.

Por otra parte, conforme lo previsto en el N° 3° del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta que el presente asunto versa sobre una acción de carácter contractual, la Sala también advierte que se satisface el segundo requisito exigido para la declaratoria de la suspensión provisional de actos administrativos, en los eventos en que se ejerce una acción diferente a la de simple nulidad⁸³, como acontece en el *sub lite*. Sobre este tópico el actor señaló que se encuentra probado el perjuicio sumario dado que *“el cobro de la multa impuesta al contratista se encuentra en trámite de pago, de conformidad con el Oficio No. 2012-101-00265-1”* (fl 73, c1), de manera que en este caso ello constituye prueba suficiente para acreditar el perjuicio, el cual comporta una afectación patrimonial.

Conforme a lo expuesto, la Sala accede a la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones impugnadas, como quiera que de la sola confrontación del texto de las mismas con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, se hace notoria o evidente la transgresión en que incurrió la demandada, sin que para ello se requiera entrar a un estudio respecto de los demás cargos formulados por la parte actora, más aún teniendo en cuenta que para la fecha en que las mismas fueron expedidas la administración carecía de competencia para ello.

En consecuencia, es inexorable que se declare la suspensión provisional de la totalidad de los actos administrativos demandados, esto es las Resoluciones No. 469 del 29 de septiembre de 2011 *“Por medio de la cual se impone multas a la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. DEVINAR S.A. por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 003 de 2006.”* y la No. 618 del 29 de diciembre de 2011, proferidas por la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones por medio de la cual se confirmó la anterior.

⁸³ Artículo 152 Código Contencioso Administrativo. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

(...)

3) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutive del proveído del 19 de julio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones No. 469 del 29 de septiembre de 2011 *“Por medio de la cual se impone multas a la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. DEVINAR S.A. por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 003 de 2006.”* y la No. 618 del 29 de diciembre de 2011, proferidas por la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones por medio de la cual se confirmó la anterior, elevada por la parte actora.

SEGUNDO: SUSPENDER PROVISIONALMENTE las Resoluciones No. 469 del 29 de septiembre de 2011 *“Por medio de la cual se impone multas a la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A. DEVINAR S.A. por incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión 003 de 2006.”* y la No. 618 del 29 de diciembre de 2011, proferidas por la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones por medio de la cual se confirmó la anterior,

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada