

CERTIFICADO DE INCENTIVO FORESTAL CIF - Noción. Definición. Concepto. Fundamento / CERTIFICADO DE INCENTIVO FORESTAL CIF - Beneficiarios / CERTIFICADO DE INCENTIVO FORESTAL CIF - Manejo. Corporaciones Autónomas Regionales

Mediante la Ley 139 de 1994, se creó el Certificado de Incentivo Forestal CIF, para incentivar la reforestación y aprovechar los beneficios ambientales y sociales que ella genera. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 1 de la dicha norma, es la de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal. Según dicha ley, podrán acceder a este beneficio las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales, cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades competentes para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del ambiente. El instrumento a través del cual se hace efectiva dicha política en materia de medio ambiente, es el Certificado de Incentivo Forestal, que consiste en un documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, las sumas de dinero que se fijen por parte de la entidad bancaria que haya sido autorizada para el efecto por FINAGRO. La implementación de esta política gubernamental, orientada por el Ministerio de Agricultura se realizó a través de las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes se encargaron de convocar y escoger a los beneficiarios y también de celebrar con ellos los contratos antes referidos.

FUENTE FORMAL: LEY 139 DE 1994

CONTRATO - Certificado de Incentivo Forestal CIF / CERTIFICADO DE INCENTIVO FORESTAL CIF - Incumplimiento del contrato de Certificado de Incentivo Forestal No. 145 de 1996 / CELEBRACION DEL CONTRATO - Acreditación / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Contratista

Ahora bien, de las pruebas allegadas al proceso se puede tener como acreditado la celebración del contrato entre las partes, así como también que en desarrollo del mismo, la contratista recibió la suma de \$24.610.000, por concepto del primer desembolso pactado, para el establecimiento del proyecto. Se probó también con los informes rendidos por la interventoría, que el contrato fue incumplido por la contratista, ya que la visita al predio que debía ser reforestado, realizada dos años después de iniciada la ejecución sirvió para comprobar que no existía ninguna plantación y verificados nuevamente los documentos relacionados con el contrato, se evidenció que ni siquiera se llevó a cabo la primera fase, o presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal PEMF. De acuerdo con la información suministrada en el libelo petitorio -pero de la cual no reposa prueba alguna en el proceso- la contratista fue engañada por el interventor del contrato, a quien le entregó el dinero para que elaborara el PEMF y las plántulas necesarias para dar inicio al proyecto pero éste no volvió a aparecer, ante lo cual quedó en una situación que le impidió asumir las obligaciones a su cargo. Frente a lo planteado por la demandante, el fallador de primera instancia consideró que estaba acreditado el incumplimiento y que no podía eximirse de responsabilidad a la contratista por lo ocurrido con el interventor, en la medida en que esto no hacía parte de las obligaciones contenidas en el acuerdo comercial y en relación con la facultad de la entidad para declarar el incumplimiento, se precisó que ella

emanaba de la misma Ley 139 de 1994, por ser la norma que regulaba este contrato de naturaleza especial. Ningún reparo le merece a esta Sala dicha apreciación, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 139 de 1994, en los contratos celebrados entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad que administre los recursos además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarado por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado.

FUENTE FORMAL: LEY 139 DE 1994

CONTRATACION ESTATAL - Derecho fundamental al debido proceso / DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO - Aplicación / DEBIDO PROCESO - Principio rector de la contratación estatal

De tiempo atrás se ha reconocido por esta Corporación que el artículo 29 de la Constitución Política donde se consagra el derecho fundamental al debido proceso, que cobija no sólo a los procesos sino a todas las actuaciones administrativas, rige también en materia contractual, con matices propios, pero cumpliendo actualmente su función garantística en esta materia, con la misma fuerza con que es observado en otros campos. Así lo consagró finalmente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales y en tal virtud, las entidades podrán imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, pero dicha decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso. Sin perjuicio de la consagración legal de esta garantía, ya por vía jurisprudencial se había llegado a la misma conclusión y se venía exigiendo su plena observancia en todos los procedimientos contractuales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el debido proceso como principio rector de la contratación estatal, consultar sentencia de junio 23 de 2010, exp. 16367

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de Certificado de Incentivo Forestal / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Actos administrativos / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Expedidos con violación al debido proceso

Del material probatorio arrimado al proceso se puede establecer que de manera previa a la expedición de las Resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, se remitieron varias comunicaciones a la contratista, pero todas fueron para solicitarle aportar documentos o presentar el PEMF que no había sido entregado a la entidad, pero en ninguna de ellas se le informó de la existencia de una actuación administrativa, a la que debería concurrir con el fin de hacer valer sus derechos. (...) es evidente que se vulneraron los derechos de la contratista porque no se garantizó un trámite que respetara las formas propias del proceso, es decir, que la sanción se impuso de plano ya que en la práctica el primer acto administrativo que profirió la entidad fue aquel en el cual declaró el incumplimiento y decidió aplicar la cláusula penal

pecuniaria y hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato, que como antes se dijo estuvo soportada únicamente en el informe presentado por el interventor, del cual tampoco se le dio traslado a la contratista, para que se pronunciara al respecto. No hubo en este caso ningún procedimiento previo, en el cual la señora Watler Guzmán hubiera podido exponer su situación, aportar las pruebas que respaldaran su dicho y tratar de encontrar soluciones conjuntas para llevar a término lo pactado, lo cual, vale la pena señalar, habría redundado en beneficios para la entidad, ya que ésta también resultó afectada por la actuación del interventor del contrato, que al parecer alteró informes e indujo en error a la CRC respecto de la ejecución del contrato. Según el artículo 28 del CCA., la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio debe expresar la existencia de la actuación y el objeto de la misma y la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido concluir que dicha comunicación 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, pero ella debe contener 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 pretende hacer valer o la oportunidad de controvertir las que posea la entidad, amén de las sanciones que podrían imponerse al culminar la actuación. De igual forma, resulta necesario precisar que el debido proceso no se entiende garantizado por el hecho de haber tenido el interesado la oportunidad de interponer los recursos de la vía gubernativa (...) Así las cosas, es evidente que la sanción impuesta lo fue con violación del debido proceso ya que no sólo no hubo trámite previo a la decisión contenida en la Resolución 976, sino que ésta estuvo soportada únicamente en lo manifestado por el interventor del contrato sin contradicción de la parte interesada, razón por la cual, se anularán los actos administrativos demandados, y no se extenderá el pronunciamiento a los demás argumentos del recurso de apelación, esto es, la falta de competencia de la entidad para declarar el incumplimiento y la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, al considerar que su estudio es innecesario.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 28

CONTRATACION ESTATAL - Perjuicios materiales y morales / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES - Imprudencia

Además de la declaratoria de nulidad, la parte actora solicitó el reconocimiento de daños materiales y daño moral, por el incumplimiento de la entidad, derivado de la actuación de un interventor nombrado por ella misma, quien presentó informes falsos y por desconocimiento de su obligación contractual de revisar el cumplimiento de lo estipulado en el contrato. Al respecto conviene señalar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, de esta manera no está llamado a prosperar lo alegado acerca del incumplimiento del contrato por parte de la entidad, ya que como se dejó sentado es indudable el incumplimiento de la contratista del acuerdo negocial. Adicionalmente, se tiene que estas no pasan de ser afirmaciones efectuadas por el mandatario judicial, que están huérfanas de prueba en el proceso, ya que a pesar de que el apoderado menciona lo ocurrido con el interventor en los alegatos de conclusión, donde alude a la sentencia proferida por la autoridad penal en el proceso adelantado contra la señora Watler Guzmán, no se aportó la copia de la

misma, ni tampoco otro documento que soporte su dicho, se cuenta si con las declaraciones vertidas en el proceso, que refieren que el interventor designado en el contrato negoció con la señora Marina Olina Watler Guzmán la ejecución de algunas actividades y recibió el pago de las mismas sin que cumpliera con el trabajo encargado, pero nada se probó acerca de la alteración o falsificación de informes, esta es una inferencia que se hace a partir del hecho de que la contratista recibió el primer pago por parte de la CRC, a pesar de para ese momento no había cumplido con sus obligaciones contractuales. De esta manera, la solicitud de reconocimiento de daños materiales y morales no está llamada a prosperar y por ello se negarán estas pretensiones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C. dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00780-01(20611)

Actor: MARINA OLINA WATLER GUZMAN

Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Cali, el 31 de enero de 2001, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El día 12 de enero de 1999, la señora MARINA OLINA WATLER GUZMAN, mediante apoderado, presentó demanda contra LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA C.R.C., con el fin de que se declare el incumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

1.1. Pretensiones

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0796 del 15 de septiembre de 1998 proferida por la Corporación Autónoma Regional del Cauca, C.R.C., y la que agotó la vía gubernativa No. 0978 del 30 de noviembre de 1998, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato de ejecución del Proyecto Certificado de Incentivo Forestal CIF No. 145 de 1996, suscrito entre las partes y cuyo objeto era la reforestación de los predios ubicados en la vereda el Llano, Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, denominados El Piñal y La Italia.

2. Como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, C.R.C, a cancelar a la demandante las siguientes cantidades:

2.1. La suma de \$19.824.000, correspondientes al saldo pendiente de cancelar sobre el valor inicial del contrato CIF No. 145 de 1996, mas sus intereses corrientes y moratorios de acuerdo a la ley, como daño material.

2.2. El equivalente a 1.000 gramos oro por concepto de daño moral por el incumplimiento de la entidad, al utilizar el interventor nombrado por la Corporación, quien presentó informes falsos y no revisó el cumplimiento de lo estipulado en el contrato.

2.3. La corrección monetaria conforme a la Superintendencia Bancaria, sobre los valores relacionados.

1.2. Hechos

Los hechos en que se basan las pretensiones pueden resumirse de la siguiente forma:

1. La señora Marina Olina Watler Guzmán celebró contrato de ejecución del proyecto Certificado de Incentivo Forestal CIF No 145 de 1996 con la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.R.C., cuyo objeto era la reforestación del predio ubicado en la vereda El Llano, del municipio de Buenos Aires, departamento del Cauca, con una extensión de 80 Has, lo cual debía llevarse a cabo con la especie Eucalyptus Gradis, de acuerdo al Plan de Establecimiento y Manejo Forestal aprobado para el efecto por la C.R.C. ; el valor del contrato fue de \$44.434.000.
2. Entre las obligaciones de la señora Watler Guzmán estaban las de realizar las labores contempladas en el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal PEMF, de acuerdo con los cronogramas establecidos, sufragar el costo de las visitas técnicas que se practicaran, suministrar la información necesaria para evaluar los resultados y mantener asistencia técnica a lo largo de la ejecución del plan de reforestación contratada con un ingeniero forestal debidamente inscrito ante la C.R.C., en este caso fue designado el ingeniero Víctor Manuel Gutiérrez Pinzón.
3. Para el desarrollo del contrato, la beneficiaria debía presentar el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal PEMF, razón por la cual solicitó la colaboración del mismo ingeniero interventor, que se comprometió a la elaboración del documento y a producir las plántulas necesarias para el establecimiento de la plantación y acordaron como pago el producto del primer desembolso entregado por la CRC para la ejecución del proyecto.
4. Tiempo después, la demandante se enteró por intermedio de terceros, que la C.R.C. no le había renovado el contrato de prestación de servicios al ingeniero Gutiérrez Pinzón, ante lo cual decidió tratar de ubicarlo en la ciudad de Bogotá, sin

resultados positivos. Es decir, que nunca se le notificó la remoción del anterior interventor y tampoco la designación de quien lo reemplazó, tal como era obligación de la entidad, de acuerdo con las normas que regulan esta materia.

5. De esta forma, la señora Watler Guzmán quedó sin recursos para ejecutar el contrato, ya que los recibidos fueron entregados al interventor para la elaboración del PEMF y el establecimiento de la plantación.

6. El contrato celebrado entre las partes estaba cubierto con una póliza contratada por la demandante el 18 de noviembre de 1996, con la Compañía Nacional de Seguros, por un valor del 10% del valor del contrato y cuya vigencia iba en principio hasta el 6 de noviembre de 1997 y fue prorrogada su vigencia por la Aseguradora Colseguros S.A., desde el 6 de noviembre de 1997 hasta el 6 de noviembre de 1998, según el anexo de modificación de plazo No. 11833134 del 20 de marzo de 1998.

7. El 15 de septiembre de 1998, mediante Resolución No 0796, la CRC, declaró el incumplimiento del contrato y dispuso la liquidación del mismo; de igual forma ordenó el reembolso de la suma que fue entregada a la contratista, debidamente actualizada, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor de reconocimiento del Certificado de Incentivo Forestal y dispuso la pérdida del derecho al CIF, para lo cual compulsó copias a FINAGRO. Adicionalmente se declaró la ocurrencia del siniestro, a fin de cobrar la póliza de cumplimiento que respaldaba el contrato.

8. La Señora Marina Olina Watler Guzmán interpuso recurso de reposición contra dicho acto administrativo, el cual fue decidido mediante Resolución 0978 del 30 de noviembre de 1998, confirmando la decisión de incumplimiento del contrato.

Normas violadas y concepto de la violación.

Las normas que se consideran violadas son: Constitución Política, artículos 6, 29, 228, y 237-1; Ley 80 de 1993, artículos 4, ord. 2, 14, ord. 2, 22, inciso 5 y 22.1, 75, 94; Ley 139 de 1994, artículo 5 numeral 6; Decreto 1824 de 1994, artículo 35 y ss; C.C.A. art. 86, 185 a 193, 267; C.P.C. art.4; C.Co. Art. 822,831, 884 y C.C. art, 1602, 1603, 1609, 1545 y 1613.

En primer lugar, alude la parte demandante a la existencia de una violación al debido proceso que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución rige para todas las actuaciones judiciales y administrativas y para la validez de cualquier procedimiento y exige ley preexistente y notificar al interesado o afectado para que haga valer sus derechos.

El punto central que cuestiona el demandante es si la entidad estaba facultada para declarar el incumplimiento mediante acto administrativo o sólo puede hacerlo el juez del contrato, de acuerdo con las normas de la Ley 80 de 1993, o en este caso, con apoyo en lo dispuesto en la Ley 139 de 1994 y el Decreto 1824 de 1994, puesto que dichas disposiciones remiten al Decreto 222 de 1983, pero es claro que se trata de un error, porque debe aplicarse el estatuto contractual vigente.

Considera la parte actora, que en vigencia del Decreto 222 de 1983, era posible que el Estado en uso de sus facultades exorbitantes declarara el incumplimiento, pero con la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son las de terminación, modificación e interpretación unilateral y caducidad, pero no se estableció la facultad de la declaratoria de incumplimiento del contrato.

Este mismo argumento se presenta frente a la imposición de multas porque se cuestiona si la entidad está facultada para imponerlas, pero de manera especial, en este caso, se predica la nulidad del acto administrativo por incompetencia temporal, ya que se impuso la multa cuando había terminado el plazo del contrato.

Finalmente, califica como un despropósito la aplicación de la Ley 139 y el Decreto 1824 de 1994, en sustitución de la Ley 80 de 1993, ya que las normas de contratación se rigen por ésta última disposición.

Mediante auto de abril 20 de 1999, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y dispuso notificar a las partes y fijar en lista (fl. 47-48).

La Corporación Autónoma Regional del Cauca, el 29 de junio de 1999, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, argumentando que en el contrato no se estipuló que el interventor tuviera que presentar el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, ni suministrar las plantas para el proyecto, de manera que, si hubo un acuerdo en ese sentido, se trata de un asunto privado entre ellos y por tanto de responsabilidad exclusiva del interventor y aclaró de paso, que la entrega del incentivo a la beneficiaria fue anterior al cambio de interventor, de modo que el silencio de la Corporación en comunicar el cambio no tuvo incidencia en el incumplimiento contractual.

Frente a los argumentos de la demanda, adujo la Corporación que la Ley 139 de 1994, que es la aplicable al caso porque es posterior a la Ley 80 de 1993 y de carácter especial, establece que en los contratos celebrados con los beneficiarios del Certificado de Incentivo Forestal se pactarán multas y otras sanciones pecuniarias, que se podrán imponer en caso de incumplimiento de sus obligaciones y que se debe incluir una cláusula que disponga que en caso de incumplimiento declarado por la entidad respectiva, se puede exigir el reembolso total o parcial de las sumas recibidas del CIF.

En su criterio, no puede aceptarse lo afirmado acerca de la incompetencia de la entidad para aplicar las multas por estar vencido el plazo del contrato, si se tiene en cuenta que según la cláusula séptima del mismo, su duración es de siete años, a partir de su perfeccionamiento, es decir desde el 6 de noviembre de 1996.

Finalmente, se resalta que los acuerdos o convenios entre contratista e interventor no tienen ninguna relación de causalidad con la C.R.C, pues por voluntad del apoderado de la actora, en la demanda únicamente se refiere a ellos, sin establecer y menos aún probar, una relación de dependencia con la entidad (fls. 53 a 58).

Mediante providencia del 30 de julio de 1999, se decretaron pruebas (fls 6 y 62) y con auto del 15 de marzo de 2000, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 70).

La parte actora presentó alegatos de conclusión, con memorial del 22 de marzo de 2000, en los cuales reprodujo el contenido de la demanda y añadió que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, la entidad puede decidir si decreta o no la caducidad de los contratos, pero de no hacerlo deberá adoptar las medidas de control o intervención, necesarias para garantizar la ejecución del objeto contrato, pero cuando el contratista afronta dificultades, es un error la imposición de sanciones pecuniarias, porque con ello se le está dificultando el cumplimiento del contrato.

De igual forma, el hecho de que el Estatuto Contractual faculte la imposición de multas no quiere decir que es obligatorio para la entidad el imponerlas, pero lo que sí resulta impostergable, es la adopción de medidas de control e intervención para asegurar el cumplimiento del contrato, y de los fines del Estado (fls. 72 a 81).

La Corporación Autónoma Regional del Cauca presentó también alegatos de conclusión, a través de escrito calendado el 3 de abril de 2000, en el cual reiteró lo consignado en la contestación de la demanda y precisó que los acuerdos privados entre contratista e interventor, teniendo en cuenta las irregularidades presentadas y los perjuicios causados a la entidad dieron origen a la denuncia penal instaurada ante la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía, contra la señora Marina Olina Watler Guzmán, por el delito de peculado por apropiación, en la que la C.R.C se constituyó en parte civil para el cobro de los perjuicios. (fls.82 a 86).

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Cali, profirió sentencia el 31 de enero de 2001, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

La providencia analizó tres aspectos fundamentales: 1) Lo alegado acerca de la no responsabilidad de la demandante porque ella pactó la ejecución del contrato con el interventor de la obra y éste se desapareció con el dinero. 2) Falta de competencia de la entidad para imponer multas, teniendo en cuenta que el plazo contractual estaba vencido. 3) Falta de competencia para que la entidad declarara el incumplimiento del contrato, porque dicha facultad según la Ley 80 de 1993, está reservada al juez administrativo.

1) En relación con lo argumentado en la demanda para justificar el incumplimiento de la señora Watler Guzmán, consideró el Tribunal que lo alegado no puede aceptarse, porque así los hechos hubieran ocurrido como se narró, el acuerdo de ésta con el interventor, era una circunstancia ajena al contrato, que incluso se llevó a cabo en contravía de las disposiciones legales.

2) En lo atinente a la facultad de imponer multas, precisó la decisión de primera instancia que el demandante confunde las multas con la cláusula penal pecuniaria, ya que en la resolución atacada no se habla de multa, sino de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios, que es una cláusula del derecho común y no excepcional de los contratos estatales.

Por otra parte, no se ajusta a la realidad lo manifestado acerca de que las sanciones se impusieron de manera posterior al vencimiento del contrato, puesto que según la cláusula sexta el plazo era de siete años y debe contarse a partir del perfeccionamiento del mismo, esto es, desde el 6 de noviembre de 1996, y si la

decisión se adoptó el 15 de septiembre de 1998, se hizo dentro del plazo contractual.

3) Acerca de la incompetencia de la entidad para declarar el incumplimiento del contrato, consideró el a-quo que en el sub-judice se trata de un contrato especial con regulación propia contenida en la Ley 139 de 1994 y su Decreto Reglamentario 1824 del mismo año, la cual permite expresamente que el incumplimiento del contrato sea declarado por la entidad, constituyendo entonces ésta la atribución legal que la demandante niega (fls 138 a 151).

4. El recurso de apelación

Mediante memorial del 10 del 2 de marzo de 2001, el demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido con auto de julio 12 de 2001 (fl. 122).

En el recurso se reitera lo manifestado en el proceso y se añaden argumentos acerca del fallo proferido en el proceso penal que se adelantó contra la señora Watler Guzmán, por el delito de peculado, en donde fue absuelta de toda responsabilidad y además se consideró que ella fue víctima de los enredos y artimañas del interventor del contrato, quien la utilizó para hacer un fraude millonario a la entidad.

Como motivo de inconformidad con el fallo se manifiesta que es inaceptable la tesis de la Sala que acoge los planteamientos de la demandada sobre la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, ya que nunca se hizo un seguimiento al contrato como reiteradamente lo ha exigido el Consejo de Estado, la Doctrina y la Jurisprudencia, es decir que la entidad debe ser diligente y en este caso no lo fue, ya que después de la firma del contrato debió hacerse una valoración de la plantación e incluso si no se realizó, no podía la CRC ordenar a FINAGRO que realizara el desembolso.

Se configura entonces una falla del servicio por parte de la CRC y se configura un daño antijurídico cuando los mismos funcionarios de la Corporación, sin estar facultados para ello, resuelven acudir a una falsedad ideológica y afirmar que la plantación se había llevado a cabo y por tanto ordenan a FINAGRO que se haga el desembolso, mientras que la contratista queda indefensa frente a las argucias de la entidad y de quienes orquestaron la defraudación de los dineros entregados y que de buena fe creyó en el interventor que la CRC le asignó y en los funcionarios de la entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el desgüeño administrativo y la corrupción presentada en la entidad, solicita se revoque la sentencia y se decida a favor de la demandante (fls. 101 a114).

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes no alegaron de conclusión en segunda instancia.

El Ministerio Público emitió concepto, en el cual solicitó confirmar el fallo de primera instancia por considerar que efectivamente se trata de un contrato que se rige por normas especiales, lo que está expresamente autorizado en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, que dispone que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables se regirán por la legislación especial que les sea aplicable.

Considera también el Agente del Ministerio Público que la entidad, en virtud de la Ley 139 de 1994 y su decreto reglamentario estaba autorizada para declarar el incumplimiento del contrato ya que así lo contempla el artículo 5 de la citada norma.

En cuanto a la falta de competencia temporal alegada por el recurrente, se afirma que la decisión fue adoptada durante la vigencia del contrato ya que su duración era de siete años que deben contarse desde el 6 de noviembre de 1996, fecha en que se perfeccionó el mismo.

Acerca de la culpa endilgada por el demandante a la entidad, por tramitar el desembolso del primer valor del contrato sin verificar el cumplimiento de las condiciones del mismo, se señala que tal afirmación carece de pruebas y por tanto no puede tenerse en cuenta para adoptar la decisión final (fls. 125 a 140).

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Cali, el 31 de enero de 2001, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía.

Mediante la Ley 139 de 1994, se creó el Certificado de Incentivo Forestal CIF, para incentivar la reforestación y aprovechar los beneficios ambientales y sociales que ella genera. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 1 de la dicha norma, es la de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal.

Según dicha ley, podrán acceder a este beneficio las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales, cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades competentes para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del ambiente.

El instrumento a través del cual se hace efectiva dicha política en materia de medio ambiente, es el Certificado de Incentivo Forestal, que consiste en un documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, las sumas de dinero que se fijen por parte de la entidad bancaria que haya sido autorizada para el efecto por FINAGRO.

La implementación de esta política gubernamental, orientada por el Ministerio de Agricultura se realizó a través de las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes se encargaron de convocar y escoger a los beneficiarios y también de celebrar con ellos los contratos antes referidos.

Del caso concreto

Se aborda el análisis del incumplimiento presentado en el contrato de Certificado de Incentivo Forestal No. 145 de 1996, cuyo objeto era la reforestación de un predio de propiedad de la demandante, con la especie Eucalyptus Gradis, de acuerdo al Plan de Establecimiento y Manejo Forestal aprobado para el efecto por la C.R.C., el valor del contrato fue de \$44.434.000 y el plazo de siete años, contados a partir de su perfeccionamiento.

De acuerdo con los informes rendidos por la interventoría en ejercicio de la función de control y vigilancia, el contrato fue incumplido por la contratista y así fue declarado por la entidad contratante, mediante resolución, en la cual además hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada y también declaró el siniestro de la póliza con el fin de adelantar su cobro.

Este constituye el núcleo principal del cuestionamiento efectuado por la parte demandante, quien afirma que de acuerdo con las normas de la Ley 80 de 1993,

la facultad de declarar el incumplimiento en un contrato, al igual que la imposición de las multas y el siniestro de la póliza están reservados al juez del contrato.

De las pruebas obrantes en el proceso.

1. Se allegó copia auténtica del contrato CIF 145 de 1996 (fls 4 a 7).

2. Resolución 796 del 15 de septiembre de 1998, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato CIF 145, se dispuso liquidar el contrato y en consecuencia, que se reintegraran por la señora Watler Guzmán los valores que le fueron entregados y los resultantes de la liquidación debidamente corregidas, en un plazo máximo de dos meses, a partir de la ejecutoria de la resolución.

Se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en cuantía del 10% del reconocimiento del Certificado de Incentivo Forestal y se declara que el incumplimiento del contratista conlleva la pérdida del derecho al Certificado de Incentivo Forestal, para lo cual se ordenó compulsar copias a FINAGRO.

Finalmente, se consignó que la Resolución, junto con el acto administrativo de Liquidación Final del Contrato, prestan mérito ejecutivo conforme al C.C.A y constituyen declaración del siniestro, a efectos de hacer efectiva la póliza de cumplimiento (fls. 15 a 19).

3. Resolución 0978 del 30 de noviembre de 1998, mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la contratista, en el sentido de confirmar el incumplimiento del contrato CIF 145 de 1996 (fls 20 a 25).

4. Declaraciones de los señores Eduardo Figueroa Benavides, Jaime Holguín Agredo, Carlos Arturo Viveros, Dolly Andrea Posada Aquite quienes manifestaron conocer a la contratista y fueron contestes en afirmar que el proyecto no se llevó a cabo por cuanto la señora Watler Guzmán fue engañada por el interventor de

contrato, a quien le entregó el dinero para la elaboración del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y para la producción de las plántulas (fls 8 a 17, c. pruebas).

5. Contrato de prestación de servicios 117 de febrero 1 de 1996, suscrito con el Ingeniero Forestal Víctor Manuel Gutiérrez Pinzón, para supervisar, formular, establecer y promover proyectos tendientes a implementar actividades forestales en el departamento del Cauca (fls. 25 a 26 c. pruebas).

6. Contrato de prestación de servicios 149 del 16 de junio de 1997, suscrito con el Ingeniero Enrique Salazar Montenegro con el mismo objeto anterior, con fecha 16 de junio de 1997 y plazo de tres meses y quince días (fls. 27 y 28, c. pruebas).

7. Copia de la orden de servicios sin formalidades plenas No 236 del 1 de octubre de 1997, a favor del Ingeniero Enrique Salazar Montenegro designado como interventor del contrato (fl.29, c. pruebas).

8. Copia auténtica de la comunicación 180 de la C.R.C., dirigida a la contratista, en la cual se le solicita presentar a la entidad copia del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, Contrato de Asistencia Técnica y Renovación de la póliza de cumplimiento y para este último trámite le otorgan plazo de 5 días hábiles, so pena de exigir el reembolso total del valor del CIF (fl.10).

9. Comunicación 120-1020 del 12 de marzo de 1998, suscrita por la Jefe de la Oficina Jurídica de la C.R.C., en donde le informan a la contratista que para poder hacerle seguimiento a la inversión del CIF se hace necesario la entrega de varios documentos con carácter urgente, entre otros el informe del estado en que se encuentra la ejecución el contrato en la actualidad, copia de las escrituras de los predios reforestados con su certificado de tradición, plan de manejo forestal, renovación de la póliza y se da plazo para el 17 de marzo de 1998 (fl.11).

10. Comunicación No. 180-1621 del 20 de abril de 1998, suscrita por el Subdirector Operativo de la C.R.C., en el que solicita a la contratista comparecer a la entidad con el fin de coordinar la realización de una visita de seguimiento y monitoreo al proyecto CIF y además le pide allegar copia del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (fl. 14).

11. Copia de la prórroga de la póliza de cumplimiento No. 659779, expedida por la Compañía de Seguros Colseguros S.A. (fl. 13).

12. Copia del Informe de Inspección Ocular realizado el 21 de abril de 1998, y suscrito por el Ingeniero Carlos Enrique Salazar, en el cual consignó que no se cumplió con lo pactado en el contrato de ejecución por cuanto no existe en el predio ningún tipo de plantación forestal (fl.34, c. pruebas).

13. Copia de la comunicación mediante la cual el Subdirector Operativo da traslado a la Oficina Jurídica de los informes de interventoría a fin de que se adopten las medidas pertinentes (fl. 35 y 36, c. pruebas).

14. Acta de Liquidación de la obligación de la contratista remitida a la Oficina Jurídica en cumplimiento de la Resolución 796 (fl. 48, c. pruebas).

15. Copia de la denuncia penal presentada ante la Fiscalía Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Popayán por el Director de la C.R.C, contra la contratista y de la demanda de constitución de parte civil en el proceso penal (fls 49 a 55 c. pruebas).

Ahora bien, de las pruebas allegadas al proceso se puede tener como acreditado la celebración del contrato entre las partes, así como también que en desarrollo del mismo, la contratista recibió la suma de \$24.610.000, por concepto del primer desembolso pactado, para el establecimiento del proyecto.

Se probó también con los informes rendidos por la interventoría, que el contrato fue incumplido por la contratista, ya que la visita al predio que debía ser reforestado, realizada dos años después de iniciada la ejecución sirvió para comprobar que no existía ninguna plantación y verificados nuevamente los documentos relacionados con el contrato, se evidenció que ni siquiera se llevó a cabo la primera fase, o presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal PEMF.

De acuerdo con la información suministrada en el libelo petitorio -pero de la cual no reposa prueba alguna en el proceso- la contratista fue engañada por el interventor del contrato, a quien le entregó el dinero para que elaborara el PEMF y las plántulas necesarias para dar inicio al proyecto pero éste no volvió a aparecer, ante lo cual quedó en una situación que le impidió asumir las obligaciones a su cargo.

Frente a lo planteado por la demandante, el fallador de primera instancia consideró que estaba acreditado el incumplimiento y que no podía eximirse de responsabilidad a la contratista por lo ocurrido con el interventor, en la medida en que esto no hacía parte de las obligaciones contenidas en el acuerdo comercial y en relación con la facultad de la entidad para declarar el incumplimiento, se precisó que ella emanaba de la misma Ley 139 de 1994, por ser la norma que regulaba este contrato de naturaleza especial.

Ningún reparo le merece a esta Sala dicha apreciación, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 139 de 1994, en los contratos celebrados entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad que administre los recursos además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarado por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o

parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado.

De manera confusa plantea el recurrente como primer motivo de inconformidad con el fallo, que éste no tuvo en cuenta la violación del debido proceso en relación con su representada.

Al respecto debe señalarse que no obstante la falta de precisión del recurrente al sustentar los motivos por los cuales se presentó una afectación de los derechos de su poderdante, encuentra esta Sub-sección que efectivamente, las resoluciones aquí cuestionadas fueron proferidas con violación del debido proceso, en la medida en que previamente a su adopción, no se garantizó plenamente a la afectada el derecho de contradicción y de defensa.

De tiempo atrás se ha reconocido por esta Corporación que el artículo 29 de la Constitución Política donde se consagra el derecho fundamental al debido proceso, que cobija no sólo a los procesos sino a todas las actuaciones administrativas, rige también en materia contractual, con matices propios, pero cumpliendo actualmente su función garantística en esta materia, con la misma fuerza con que es observado en otros campos.

Así lo consagró finalmente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales y en tal virtud, las entidades podrán imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, pero dicha decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso.

Sin perjuicio de la consagración legal de esta garantía, ya por vía jurisprudencial se había llegado a la misma conclusión y se venía exigiendo su plena observancia en todos los procedimientos contractuales.

Así lo dijo esta Sala:

“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. 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 administrativas. 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 adjudicado, 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 innegable–, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación 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 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. 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 ellos¹.

Ahora bien, aclarado el ámbito de aplicación de esta garantía constitucional, debe verificarse la actuación de la entidad en este caso concreto, con el fin de determinar si las resoluciones objeto de análisis fueron proferidas con audiencia de la contratista y con respeto de su derecho de contradicción y de defensa, como elementos integrantes del derecho fundamental al debido proceso.

Del material probatorio arrimado al proceso se puede establecer que de manera previa a la expedición de las Resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, se remitieron varias comunicaciones a la contratista, pero todas fueron para solicitarle aportar documentos o presentar el PEMF que no había sido entregado a la entidad, pero en ninguna de ellas se le informó de la existencia de una actuación administrativa, a la que debería concurrir con el fin de hacer valer sus derechos.

Al proceso se allegó copia de las comunicaciones remitidas a la contratista, con ocasión de la ejecución del contrato, así, en la comunicación 180 (sin fecha) suscrita por el Subdirector Operativo de la C.R.C., se solicita a la contratista presentar a la entidad copia del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, Contrato de Asistencia Técnica y Renovación de la póliza de cumplimiento y para este último trámite le otorgan plazo de 5 días hábiles, so pena de exigir el reembolso total del valor del CIF. En la Comunicación 120-1020 del 12 de marzo de 1998, suscrita por la Jefe de la Oficina Jurídica de la C.R.C., le informaron que para poder hacerle seguimiento a la inversión del CIF se hacía necesaria la entrega de varios documentos con carácter urgente, entre otros el informe del estado en que se encuentra la ejecución el contrato en la actualidad, copia de las escrituras de los predios reforestados con su certificado de tradición, plan de manejo forestal, renovación de la póliza y se le otorga plazo hasta el 17 de marzo de 1998 y finalmente en la comunicación No. 180-1621 del 20 de abril de 1998,

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera; sentencia de junio 23 de 2010, rad. 16367, C.P. Enrique Gil Botero.

suscrita por el Subdirector Operativo de la C.R.C., se pidió a la contratista comparecer a la entidad, pero con el fin de coordinar la realización de una visita de seguimiento y monitoreo al proyecto CIF, además de reiterar la exigencia del PEMF.

Adicionalmente, la misma Resolución 796 de 1998 en sus considerandos también cita estos requerimientos efectuados a la contratista y apoya su decisión en el informe presentado por el interventor del contrato después de la visita al predio y en la Resolución 978 del mismo año, se consignó expresamente que como el interventor del contrato “jamás informó de incumplimiento parcial alguno por parte de la CONTRATISTA, ha sido razón suficiente para no aplicar el incumplimiento con anterioridad y no seguir los procedimientos legales específicos del contrato por parte del tomador del seguro, a que alude el recurrente” y añade que para la fecha de renovación de la póliza, en marzo de 1998, la Corporación no tenía conocimiento del incumplimiento del contrato sobre todo porque en el expediente no reposaban informes que demostraran la realización de visitas por parte de los funcionarios de la CRC, situaciones que si eran conocidas por la contratista y de paso, acepta que la entidad no efectuó el seguimiento y vigilancia del contrato en cabal forma.

De esta manera, es evidente que se vulneraron los derechos de la contratista porque no se garantizó un trámite que respetara las formas propias del proceso, es decir, que la sanción se impuso de plano ya que en la práctica el primer acto administrativo que profirió la entidad fue aquel en el cual declaró el incumplimiento y decidió aplicar la cláusula penal pecuniaria y hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato, que como antes se dijo estuvo soportada únicamente en el informe presentado por el interventor, del cual tampoco se le dio traslado a la contratista, para que se pronunciara al respecto.

No hubo en este caso ningún procedimiento previo, en el cual la señora Watler Guzmán hubiera podido exponer su situación, aportar las pruebas que respaldaran su dicho y tratar de encontrar soluciones conjuntas para llevar a término lo pactado, lo cual, vale la pena señalar, habría redundado en beneficios para la entidad, ya que ésta también resultó afectada por la actuación del interventor del

contrato, que al parecer alteró informes e indujo en error a la CRC respecto de la ejecución del contrato.

Según el artículo 28 del CCA., la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio debe expresar la existencia de la actuación y el objeto de la misma y la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido concluir que dicha comunicación 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, pero ella debe contener 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 pretende hacer valer o la oportunidad de controvertir las que posea la entidad, amén de las sanciones que podrían imponerse al culminar la actuación.

De igual forma, resulta necesario precisar que el debido proceso no se entiende garantizado por el hecho de haber tenido el interesado la oportunidad de interponer los recursos de la vía gubernativa, tal como de tiempo atrás se ha establecido por la jurisprudencia de esta Sección.

Sobre este tema se consignó en la providencia que viene citándose:

“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 semejantes. 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”.

Así las cosas, es evidente que la sanción impuesta lo fue con violación del debido proceso ya que no sólo no hubo trámite previo a la decisión contenida en la Resolución 976, sino que ésta estuvo soportada únicamente en lo manifestado por el interventor del contrato sin contradicción de la parte interesada, razón por la cual, se anularán los actos administrativos demandados, y no se extenderá el pronunciamiento a los demás argumentos del recurso de apelación, esto es, la

falta de competencia de la entidad para declarar el incumplimiento y la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, al considerar que su estudio es innecesario.

Además de la declaratoria de nulidad, la parte actora solicitó el reconocimiento de daños materiales y daño moral, por el incumplimiento de la entidad, derivado de la actuación de un interventor nombrado por ella misma, quien presentó informes falsos y por desconocimiento de su obligación contractual de revisar el cumplimiento de lo estipulado en el contrato.

Al respecto conviene señalar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, de esta manera no está llamado a prosperar lo alegado acerca del incumplimiento del contrato por parte de la entidad, ya que como se dejó sentado es indudable el incumplimiento de la contratista del acuerdo negocial.

Adicionalmente, se tiene que estas no pasan de ser afirmaciones efectuadas por el mandatario judicial, que están huérfanas de prueba en el proceso, ya que a pesar de que el apoderado menciona lo ocurrido con el interventor en los alegatos de conclusión, donde alude a la sentencia proferida por la autoridad penal en el proceso adelantado contra la señora Watler Guzmán, no se aportó la copia de la misma, ni tampoco otro documento que soporte su dicho, se cuenta si con las declaraciones vertidas en el proceso, que refieren que el interventor designado en el contrato negoció con la señora Marina Olina Watler Guzmán la ejecución de algunas actividades y recibió el pago de las mismas sin que cumpliera con el trabajo encargado, pero nada se probó acerca de la alteración o falsificación de informes, esta es una inferencia que se hace a partir del hecho de que la contratista recibió el primer pago por parte de la CRC, a pesar de para ese momento no había cumplido con sus obligaciones contractuales.

De esta manera, la solicitud de reconocimiento de daños materiales y morales no está llamada a prosperar y por ello se negarán estas pretensiones.

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

FALLA

PRIMERO Revocar la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Cali, el 31 de enero de 2001, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda, al tenor de lo consignado en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. Negar las pretensiones relacionadas con la indemnización de los perjuicios morales y materiales efectuadas por la demandante, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.-Declarar la nulidad de las Resoluciones 976 y 978 de 1998, proferidas por la Corporación Autónoma Regional del Cauca, por los motivos expresados en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA