

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Actuaciones administrativas / ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Derecho al debido proceso / DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Evolución jurisprudencial / DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL - Línea jurisprudencial

La Sala revocará la sentencia proferida por él a quo el 16 de noviembre de 2000, para lo cual tendrá en cuenta la línea jurisprudencial que ha sentado la Sección Tercera de esta Corporación en casos similares, es así como esta entidad en sentencia del 23 de junio de 2010, proferida dentro de la acción contractual promovida por el señor Jaime Hernández Torres contra Ferrovías - hoy Ministerio de Transportes, dentro del radicado No 1637, C.P. Enrique Gil Botero, hizo un acertado estudio acerca del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y la evolución jurisprudencial del derecho al debido proceso en materia contractual., que por su importancia y ser aplicable al caso materia de estudio la transcribimos in extenso

NOTA DE RELATORIA: Sobre derecho al debido proceso en actuaciones administrativas y la evolución jurisprudencial en materia contractual, consultar sentencia de 23 de junio de 2010, expediente número 16367, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Contrato de prestación de servicios / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Derecho al debido proceso / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Condición constitucional para decretar la caducidad del contrato / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Debido proceso / DEBIDO PROCESO - Vulneración. Violación

El actor cuestionó la manera como se adoptó la decisión acusada, porque se le violó su derecho a la defensa como quiera que el a quo creyó en los argumentos expuestos en la Resolución que decretó la caducidad del contrato, sin que tales hechos se hubiesen debidamente probados, ya que jamás se ratificaron a los quejosos y no se le dio la oportunidad de controvertir dichas pruebas, de allí que se violó su derecho a la contradicción. La Sala le concede razón al recurrente, porque efectivamente la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, que viciaron los actos administrativos demandados. Se vulneró el debido proceso porque no se le respetó al demandante un verdadero procedimiento, debido a que la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales no le garantizó al contratista el derecho a un trámite que respetara "las formas propias de cada juicio".

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Contrato de prestación de servicios - CADUCIDAD DEL CONTRATO - Derecho a la defensa / DERECHO A LA DEFENSA - Vulneración. Violación

La Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, le impuso al actor una sanción de plano, de aquellas que violan el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración. La entidad demandada expidió la Resolución No. 765 del 19 de julio de 1995, por medio de la cual decreta la caducidad del contrato y posteriormente la Resolución No 1258 del 25 de octubre del mismo año, confirmatoria de aquella, fundamentándose la primera en las pruebas que allí se relacionan y transcriben, sin que se hubiera adelantado un procedimiento que

hubiese dado la oportunidad al contratista-investigado de controvertirlas, es decir, que las quejas formuladas por Ana Lucía Pinto y Andrés Augusto López Sarria, la Sala no puede darle otro carácter que la de "prueba sumaria", que es aquella que no ha sido controvertida y que jamás podrá ser tenida por los jueces o por las autoridades administrativas como una prueba idónea para imponer una sanción como la caducidad de un contrato, pues para ello es necesario que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a la notificación y a la contradicción en que intervenga la persona que puede resultar afectado con la decisión sancionatoria, tal como lo dispone el artículo 28 del C.C.A. La disposición en cita remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento y la necesidad de motivar la decisión. La Sala encuentra, que en el presente caso, pese a que los artículos 14 y 28 CCA., requerían vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, sin embargo la entidad demandada hace caso omiso a ello y no citó al contratista Álvaro Hernández Torres, sino hasta cuando profirió la resolución No 765 del 19 de julio de 1995-, conducta que no garantizó al antes citado un procedimiento previo que le asegurara el derecho a discutir y controvertir los hechos que se le imputaban.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 14 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 28 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 34 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Sobre caducidad del contrato y la violación del derecho a la defensa, consultar auto de 24 de septiembre de 1998, expediente número 14821 y sentencia de mayo 29 de 2003, expediente número 18091

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Prueba / PRUEBA - Copia simple / COPIA SIMPLE - Carece de valor probatorio / DOCUMENTOS SUSCRITOS POR TERCEROS - Ratificación / PRUEBA SUMARIA - Requisito de contradicción / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Plena prueba

La Resolución No 765 del 19 de julio de 1995, que decreta la caducidad del contrato se fundamenta en los documentos existentes en copia simple dentro del expediente, que se afirma aparecen suscritos por Ana Lucía Pinto y Andrés Augusto López Sarria, por lo que tales documentos al ser aportados en copia simple, carecen de valor probatorio, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. De otra parte por ser documentos emanados de terceros debieron ser ratificados, tal como lo preveía el inciso final del artículo 252 del C. de P.C y como tal sólo tendrían el carácter de prueba sumaria, tal como lo señalaba el inciso 2 del artículo 279 del C. de P.C. y por tener el carácter de prueba sumaria quedaba sujeta al principio de contradicción para que pueda ser valorada judicialmente, por lo que no cabe la menor duda de que si la entidad demanda pretendía declarar la caducidad del contrato teniendo como fundamento los documentos en cita, ellos debían tener el carácter de plena prueba, pues al no ser la prueba allegada a la entidad administrativa idónea, no podía con fundamento en la misma imponer sanción alguna, so pena de afectar los siguientes derechos fundamentales: i). al debido al proceso con todas las garantías. La razón es que constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso; y ii).- al principio de igualdad, publicidad y defensa, puesto que esa vulneración conlleva una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio o en el trámite sancionatorio, desigualdad

que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 279

PRUEBA - Análisis / TRAMITE - Análisis / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Derecho a la defensa / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Debido proceso integral

El juzgador de instancia está obligado a analizar que las pruebas y el trámite seguido para imponer una sanción de tipo contractual (caducidad, multa etc) cumplan con los elementos mínimos que permitan concluir 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 iniciará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción. De conformidad con lo expuesto, no hay duda que la jurisprudencia de la Sección exige o estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, en donde se indique los hechos que la originan, qué sanción podría imponerse, y qué pruebas de ello tiene la administración, a fin de darle oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que le imputan. Nada de lo anterior ocurrió en el caso materia de estudio, por lo que la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar decretará la nulidad de las resoluciones demandadas

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Declaratoria / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Nulidad de actos administrativos / CONDENACION - Actualización. Cálculo. Fórmula

Como en este caso el contrato cuya caducidad se decreta había sido ejecutado en un 90% faltándole sólo el mes de julio para su ejecución total, el cual expiraba el dos (2) de agosto de 1995, como título indemnizatorio sólo se reconocerá el valor de ese mes, es decir, el valor de \$ 180.000.00 pesos, que fue la suma que se dejó de cancelar al demandante como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, suma que será actualizada desde el día dos (2) de agosto de 1995, por ser la fecha en que se debería realizar el último pago, a la fecha de expedición de esta sentencia.

NOTA DE RELATORIA: En los medios físico y magnético de la presente providencia aparece como número de expediente 20279, cuando el correcto es 20273

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279)

Actor: ALVARO HERNANDEZ TORRES

Demandado: NACION-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 16 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión - Sede Bogotá - Sección Tercera - Sala de Decisión, mediante la cual se dispuso:

“1. Deniéguense las pretensiones de la demanda.

“2. Devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., el señor ALVARO HERNANDEZ TORRES., por intermedio de apoderado judicial, en escrito fechado 06 de junio de 1996¹, presentó demanda en contra de la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales., , cuyas declaraciones y condenas se contraen a las siguientes:

1.1.- “Lo que estamos demandando son las resoluciones 765 del 19 de julio de 1995 y la resolución No 1258 del 25 de octubre de 1995 proferidas

¹ Fls 21a 25, cdno 1.

ambas por el Director de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que hace parte de la estructura administrativa del Ministerio del Medio Ambiente del cual es una dependencia especial, por ser violatorias de los artículos 1, 6, 29 de la Constitución Nacional Colombiana, y al tenor del artículo 87 del C.C.A. Que se declare su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones a la indemnización de los perjuicios a que tenga derecho, según los términos del contrato. Y demás declaraciones similares que el H. Tribunal considere pertinentes”

2. Los hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación sintetizan:

2.1. El 24 de abril de 1995 la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, dependencia operativa del Ministerio del Medio Ambiente, celebró el Contrato de Prestación de Servicios No 11-236-A, con el señor ÁLVARO HERNÁNDEZ TORRES. Dicho contrato se celebró bajo la modalidad de orden de servicio.

2.2. El objeto del contrato lo constituyó el servicio de apoyo en la administración, conservación, manejo y protección del Parque Natural Santuario de Fauna y Flora de San Pedro de Iguaque - Municipio de Villa de Leiva - Arcabuco y Chiquiza (Boyacá), por un término de duración de tres (3) meses, contados entre el 2º de mayo y el 1º de agosto de 1995.

2.3. El señor Director de la citada Unidad. Mediante Resolución No 765 del 19 de julio de 1995, declaró la caducidad administrativa del contrato antes relacionado, y además resolvió que no habría lugar a indemnización para el contratista, quien queda inhabilitado para contratar con el Estado, por el término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria de dicho acto.

2.4.- Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior resolución, el mismo funcionario la confirmó en todas sus partes, mediante Resolución No 1258 del 25 de octubre de 1995, acto éste que fue notificado el 15 de noviembre del mismo año, quedando agotada la vía gubernativa.

2.5.- Las causas que originaron la expedición de los anteriores actos administrativos, fueron las quejas de dos personas sin identificar, y del señor Augusto López Sarria, en las que denunciaban varias irregularidades en el manejo y vigilancia del Santuario de Fauna y Flora de Iguaque, y que no reúnen la calidad de prueba sumaria por cuanto además de lo anterior, no fueron ratificadas bajo juramento, como tampoco se dio la oportunidad al demandante de defenderse.

3.- Actuación Procesal.

3.1.- Mediante auto de 10 de julio de 1996², el Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda y dispuso la notificación personal a los señores Ministro del Medio Ambiente y al Director de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, al Agente del Ministerio Público; ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2.- Por auto de fecha 4 de diciembre de 1996³, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 29 de abril de 1997⁴, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.2.1.- La parte demandante en escrito presentado el día 16 de mayo de 1997⁵, alega de conclusión relatando los antecedentes del proceso y afirma que, “ (...) éstas resoluciones son injustas porque las dos quejas que se presentaron contra el señor HERNANDEZ TORRES, no alcanzan a tener el valor de prueba sumaria, ya que no se encuentran autenticadas en sus firmas, y se desconoce la dirección de éstas personas para que puedan ser ratificadas bajo la gravedad del juramento (...) Según la comunicación recibida firmada por el Director General...nos indica que al señor Hernández Torres no se le siguió ningún procedimiento administrativo interno y que dichas quejas no se encuentran ratificadas bajo la gravedad del juramento. Esto contribuye a desconocer las resoluciones antes mencionadas, ya que dichas quejas no fueron ratificadas ante el funcionario competente y estas resoluciones se dictaron apresuradamente, sin fundamento probatorio ratificado ante los mismos funcionarios que dictaron dicha resolución (...)”.

² Fl 28, cdno 1.

³ Fl 1, cdno pruebas parte demandante.

⁴ Fl 38, cdno 1.

⁵ Fls 40 a 42, ib.

3.2.2.- La parte demandada en escrito presentado el 18 de mayo de 1997⁶, alegó de conclusión diciendo que el contratista en desarrollo del contrato debía cumplir con las normas de conservación y protección del Santuario, así como, las ordenes administrativas, lo cual no cumplió el contratista, por cuanto a pesar de estar cerrados los Parques Nacionales Naturales del País, permitió acampar a siete personas, en los días 23 a 26 de junio de 1995, y fue este incumplimiento el que dio lugar a la declaratoria de caducidad, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Objeta la afirmación del demandante sobre el despido del señor Hernández Torres y la omisión de adelantar un procedimiento administrativo para el mismo, ya que el mencionado señor no estaba vinculado a la Unidad por un acto legal y reglamentario y por lo mismo era imposible aplicarle el régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995.

Niega la existencia de violación del derecho de defensa, por cuanto declarada la caducidad del contrato, tuvo la posibilidad de interponer el recurso de reposición.

4. Contestación de la demanda.

La parte demandada guardó silencio.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Descongestión - Sede Bogotá - Sección Tercera - Sala de Decisión, en sentencia dictada el 16 de noviembre de 2000⁷, negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que "(...) la Sala advierte que al demandante correspondía la carga de la prueba, esto es que los actos administrativos, materia de la presente litis fueron irregularmente expedidos y que las causas que motivaron su expedición no constituían incumplimiento, lo cual no logró acreditar, por cuanto se limitó a hacer las afirmaciones, pero sin respaldo probatorio, puesto que lo que se demuestra, según lo antes descrito, es la

⁶ Fls 56 a 59, cdno 1.

⁷ Fls 78 a 85, cdno 2ª instancia.

existencia de las quejas sobre irregularidades en el servicio de vigilancia y protección que le correspondía cumplir al señor Hernández.

Igualmente hubo ausencia de prueba sobre la información por parte del contratista a su jefe el señor Jorge Díaz Mesa, del ingreso de personas no autorizadas al Santuario, a pesar de la prohibición que existía para la época, para lo cual hubiera sido suficiente solicitar la prueba testimonial, llamándolo al proceso a rendir declaración.

Tampoco se violó el derecho de defensa, por cuanto, como se expresó anteriormente, el contratista afectado con la declaratoria de caducidad, tuvo la oportunidad de interponer el recurso de reposición, el cual ejercitó, pero en forma deficiente para desvirtuar los hechos que motivaron el acto administrativo contractual. Por lo anterior, para la Sala no se probaron los hechos en que el contratista demandante fundamentó la nulidad de la resolución de caducidad y en consecuencia, habrán de denegarse las pretensiones del demandante”.

6.- El recurso de apelación.

El día 26 de febrero de 2001, la parte demandante interpone recurso de apelación⁸, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Alega que “(...) el señor ÁLVARO HERNÁNDEZ TORRES, recibió por parte de Parques Nacionales la totalidad de la cancelación de sus acreencias laborales que se desprendieron como consecuencia de la orden de servicio No 11-236A95 del 24 de abril de 1995, lo que hace entender que el señor Álvaro Hernández Torres, no se le probó, incumplimiento alguno en sus labores que ordenara la terminación anticipada de la mencionada orden de prestación de servicios, porque de haber sido así se hubiese descontado los días que faltaron para dar cumplimiento a la misma (...). No se entiende cómo se puede sancionar a una persona por el término de cinco años, cuando los supuestos quejosos, jamás ratificaron sus dichos bajo la gravedad del juramento. A sabiendas que la carga de la prueba corresponde al demandante, también es cierto que dentro del informativo, está probado que jamás se ratificó a los quejosos bajo la gravedad del juramento para que con este aspecto proferir una Resolución que inhabilitaba al señor Álvaro

⁸ Fls 94 y 95, cdno de 2ª instancia.

Hernández Torres, por el término de cinco años de inhabilidades para contratar con el Estado, causándole graves perjuicios (...)

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso fue admitido el 12 de junio de 2001⁹ y luego por auto de 17 de agosto del mismo año se ordenó el traslado para alegar¹⁰, término dentro del cual las partes guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema propuesto por el impugnante cuestiona la legalidad de las decisiones administrativas proferidas por el Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales que decretó la caducidad del contrato con base en las razones y argumentos expuestos en los actos acusados, cuando los motivos que originaron la expedición de los referidos actos administrativos, fueron las quejas de dos personas sin identificar, y del señor Augusto López Sarria, en las que denunciaban varias irregularidades en el manejo y vigilancia del Santuario de Fauna y Flora de Iguaque, las cuales no reúnen la calidad de prueba sumaria en razón a que no fueron ratificadas bajo juramento, de allí que no se le dio la oportunidad de defenderse. En tal sentido, acusa a la administración de violar el derecho al debido proceso administrativo y el derecho de defensa.

La sentencia impugnada será revocada, previo análisis de los siguientes aspectos: i) competencia de la Sala, ii) lo probado en el proceso, iii) el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y iv) el caso concreto.

1o.- Competencia de la Sala

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia que, en juicio de dos instancias¹¹, profirió la Sala

⁹ Fl 101, ib.

¹⁰ Fl 105, ib.

de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión - Sede Bogotá, con fundamento en lo previsto en el artículo 129 del C.C.A.

2.- Lo probado en el proceso

a) Está demostrado que entre el señor Álvaro Hernández Torres y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, se celebró el contrato de prestación de servicio No 11-236A 95, cuyo objeto lo constituyó el servicio de apoyo en la administración, conservación, manejo y protección del Parque Natural Santuario de Fauna y Flora de San Pedro de Iguaque - Municipio de Villa de Leiva - Arcabuco y Chiquiza (Boyacá). El valor total del contrato fue de \$ 540.000.00 pesos y la forma de pago se hacía previa presentación por parte del Contratista, de las cuentas mensuales de cobro por la suma de \$ 180.000.00 cada una o proporcionalmente por fracción de mes, las cuales deberían ser aprobadas por el supervisor con constancia de recibo a satisfacción del servicio, durante el período respectivo y el plazo de duración del contrato se estipuló en tres (3) meses, contados entre el 2º de mayo y el 1º de agosto de 1995¹².

b) El 19 de julio de 1995, 14 días antes del vencimiento del plazo del contrato, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en ejercicio de las facultades de delegación que le confirió el Ministerio del Medio Ambiente, expidió la Resolución No 765¹³ a través de la cual declara la caducidad administrativa del contrato, alegando que “en cumplimiento del objeto del contrato, el señor Álvaro Hernández Torres “debe cumplir con todas las normas sobre conservación y protección del Santuario, así como las ordenes de carácter administrativo. Que el Santuario de Fauna y Flora Iguaque fue cerrado al público para que se practicara la entrega por parte del Inderena a la Unidad, quedando prohibido el acceso a los visitantes. Que la señora Ana Lucía Pinto, presentó queja formal el día 18 de julio de 1995, denunciando “...que en las fechas entre el 24 y 25 de junio fuimos a acampar al parque de Iguaque 7 personas, se nos permitió el acceso y se nos pidió cancelar 10.000 pesos por carga, 5.000 pesos por parqueo

¹¹ El proceso es de dos instancias porque la pretensión mayor por concepto de perjuicios (materiales y morales) fue estimada en una suma superior a \$15'000.000, valor que a la fecha de presentación de la demanda –7 de junio de 1.996 -fl 25 vto, cdno1- supera el monto requerido para que el proceso fuese de mayor cuantía (\$13'460.000).

¹² Fls 2 a 4, cdno 1.

¹³ Fls 5 a 7, cdno 1

y 2.000 por persona”. Que el señor Andrés Augusto López Sarria, también presentó queja, denunciando: “...los días 23, 24, 25 y 26 de junio del año en curso, el Santuario de Fauna y Flora de Iguaque se encontraba abierto al público y varias personas se encontraban acampando. El funcionario a cargo cobraba el valor correspondiente al derecho de acampar pero no hacía firmar el libro del registro (...)”. (...) Que el señor Álvaro Hernández Torres, haciendo caso omiso de los instructivos administrativos y de las órdenes de sus superiores, facilitó el acceso de visitantes al Santuario y cobro en dinero el ingreso para su propio beneficio, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y además cometió otras conductas (...)” y en consecuencia procedió a declarar la caducidad del citado contrato.

c).- Confiesa el demandante en el numeral 3 de los hechos de la demanda que contra la citada resolución interpuso recurso de reposición, lo cual es corroborado por la entidad demandada al expedir la Resolución No 1258 del 25 de octubre de 1995¹⁴, por medio de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución 765 de julio 19 de 1995, entre otras resoluciones y se le hace saber al recurrente que contra dicha decisión no procede recurso alguno.

c).- Derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Sala revocará la sentencia proferida por él a quo el 16 de noviembre de 2000, para lo cual tendrá en cuenta la línea jurisprudencial que ha sentado la Sección Tercera de esta Corporación en casos similares, es así como esta entidad en sentencia del 23 de junio de 2010, proferida dentro de la acción contractual promovida por el señor Jaime Hernández Torres contra Ferrovías - hoy Ministerio de Transportes, dentro del radicado No 1637, C.P. Enrique Gil Botero, hizo un acertado estudio acerca del **derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y la evolución jurisprudencial del derecho al debido proceso**

¹⁴ Fls 9 a 13, ib.

en materia contractual., que por su importancia y ser aplicable al caso materia de estudio la transcribimos in extenso¹⁵

15 “(...) **4. El derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas**

Para enmarcar el estudio del recurso de apelación, es necesario hacer unas precisiones teóricas sobre el alcance y el contenido del derecho al debido proceso en materia administrativa, 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 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 administrativas¹⁵, además de que enuncia las garantías que lo integran:

“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 veces por el mismo hecho.

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

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 concreta¹⁵. Por eso la nueva época -que es la actual- 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 derechos¹⁵. 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 aunque con restricciones¹⁵, 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 pública¹⁵. 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 juicio¹⁵, la presunción de inocencia¹⁵, el *non bis in idem*, la posibilidad de controvertir las pruebas¹⁵ y el juez competente¹⁵; 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, 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 proceso¹⁵.

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 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 administrativo¹⁵.

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 contractuales¹⁵.

5. 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.

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

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.¹⁵, pero no en los del debido proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en vez, 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 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 administrativas¹⁵. 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 adjudicado¹⁵, 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 innegable¹⁵-, 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 no¹⁵. 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 garantías¹⁵.

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 esta Sala, 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 Administrativo¹⁵.

“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...”*¹⁵ (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 supletoria para estos casos¹⁵.”

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.

5.2. Vigencia y alcance, en materia contractual, de cada una de las garantías del debido proceso administrativo¹⁵.

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 problemática¹⁵.

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 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 incluyen¹⁵. 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 pactados¹⁵. En verdad se trata 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 penales¹⁵, como las sanciones contractuales más frecuentes¹⁵. Pero la Sala debe

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 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.”¹⁵

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 proscribieron 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 2008¹⁵:

“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 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.” (Negritas 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 poder¹⁵.

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

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 contratista¹⁵. 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 80¹⁵, potestad que es delegable en los términos del art. 12 de la misma ley¹⁵.

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 ocasiones¹⁵. En algunas debió 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 aquella 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- pudiese 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 si y ante si, 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 1998¹⁵ y del 20 de junio de 2002¹⁵, 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 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.”¹⁵

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 estatal¹⁵.

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 eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”¹⁵

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 cuestión¹⁵. 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..."¹⁵. *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..."¹⁵. 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 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, para la Sala 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 esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008¹⁵, 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,...”¹⁵ (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 supletoria para estos casos¹⁵.

“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 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, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)¹⁵, 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 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.-.

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.

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 extingue¹⁵. 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 desfavorable¹⁵.

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 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 decisión¹⁵, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte¹⁵.

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 existentes¹⁵, 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.

g) El derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” 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.”¹⁵

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.

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 empece a 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.

4).- El caso concreto

El actor apeló la decisión del tribunal porque consideró que las causas que originaron la expedición de los anteriores actos administrativos, fueron las quejas de dos personas sin identificar, y del señor Augusto López Sarria, en las que denunciaban varias irregularidades en el manejo y vigilancia del Santuario de Fauna y Flora de Iguaque, y que no reúnen la calidad de prueba sumaria por cuanto además de lo anterior, no fueron ratificadas bajo juramento, como tampoco se dio la oportunidad al demandante de defenderse.

La Sala analizará el tema sirviéndose de las anteriores ideas expresadas sobre el debido proceso, que contraen sustancialmente el estudio del caso.

4.1. El debido proceso como condición constitucional para decretar la caducidad del contrato.

El actor cuestionó la manera como se adoptó la decisión acusada, porque se le violó su derecho a la defensa como quiera que el a quo creyó en los argumentos expuestos en la Resolución que decretó la caducidad del contrato, sin que tales hechos se hubiesen debidamente probados, ya que jamás se ratificaron a los quejosos y no se le dio la oportunidad de controvertir dichas pruebas, de allí que se violó su derecho a la contradicción.

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 (...).”

La Sala le concede razón al recurrente, porque efectivamente la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, que viciaron los actos administrativos demandados.

Se vulneró el debido proceso porque no se le respetó al demandante un verdadero procedimiento, debido a que la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales no le garantizó al contratista el derecho a un trámite que respetara “las formas propias de cada juicio”

En efecto: La Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, le impuso al actor una sanción de plano, de aquellas que violan el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración. La entidad demandada expidió la Resolución No. 765 del 19 de julio de 1995, por medio de la cual decreta la caducidad del contrato y posteriormente la Resolución No 1258 del 25 de octubre del mismo año, confirmatoria de aquella, fundamentándose la primera en las pruebas que allí se relacionan y transcriben, sin que se hubiera adelantado un procedimiento que hubiese dado la oportunidad al contratista-investigado de controvertirlas, es decir, que las quejas formuladas por Ana Lucía Pinto y Andrés Augusto López Sarria, la Sala no puede darle otro carácter que la de “prueba sumaria”, que es aquella que no ha sido controvertida y que jamás podrá ser tenida por los jueces o por las autoridades administrativas como una prueba idónea para imponer una sanción como la caducidad de un contrato, pues para ello es necesario que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a la notificación y a la contradicción en que intervenga la persona que puede resultar afectado con la decisión sancionatoria, tal como lo dispone el artículo 28 del C.C.A¹⁶.

¹⁶ “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)

La disposición en cita remite a los artículos 14¹⁷, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento¹⁸ y la necesidad de motivar la decisión¹⁹.

La Sala encuentra, que en el presente caso, pese a que los artículos 14 y 28 CCA., requerían vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, sin embargo la entidad demandada hace caso omiso a ello y no citó al contratista Álvaro Hernández Torres, sino hasta cuando profirió la resolución No 765 del 19 de julio de 1995-, conducta que no garantizó al

¹⁷ARTICULO. CITACION DE TERCEROS. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las results de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

¹⁸ “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. ”

¹⁹ 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.”

antes citado un procedimiento previo que le asegurara el derecho a discutir y controvertir los hechos que se le imputaban.

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.”

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 sorpresivas, intempestivas, que asalten la buena fe de los contratantes.”

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

“La 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...”

Aplicando los postulados anteriores al caso de autos, se tiene que la Resolución No 765 del 19 de julio de 1995, que decreta la caducidad del contrato se fundamenta en los documentos existentes en copia simple dentro del expediente, que se afirma aparecen suscritos por Ana Lucía Pinto y Andrés Augusto López Sarria²⁰, por lo que tales documentos al ser aportados en **copia simple**, carecen de valor probatorio, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil²¹. De otra parte por ser documentos emanados de terceros

²⁰ Fls 14 y 15. C. 1.

²¹ Artículo 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se

debieron ser ratificados, tal como lo preveía el inciso final del artículo 252 del C. de P.C.²² y como tal sólo tendrían el carácter de prueba sumaria, tal como lo

señalaba el inciso 2 del artículo 279 del C. de P.C.²³ y por tener el carácter de prueba sumaria quedaba sujeta al principio de contradicción para que pueda ser valorada judicialmente, por lo que no cabe la menor duda de que si la entidad demanda pretendía declarar la caducidad del contrato teniendo como fundamento los documentos en cita, ellos debían tener el carácter de plena prueba, pues al no ser la prueba allegada a la entidad administrativa idónea, no podía con fundamento en la misma imponer sanción alguna, so pena de afectar los siguientes derechos fundamentales: i). al debido al proceso con todas las garantías. La razón es que constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso; y ii).- al principio de igualdad, publicidad y defensa, puesto que esa vulneración conlleva una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio o en el trámite sancionatorio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro

encuentre el original o una copia autenticada. 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

²² En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.

²³ ARTICULO 279. ALCANCE PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros.

Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos.

“De esta manera, 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 expresarse 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”²⁴.

Así las cosas, el juzgador de instancia está obligado a analizar que las pruebas y el trámite seguido para imponer una sanción de tipo contractual (caducidad, multa etc) cumplan con los elementos mínimos que permitan concluir 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 iniciará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción.

De conformidad con lo expuesto, no hay duda que la jurisprudencia de la Sección exige o estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, en donde se indique los hechos que la originan, qué sanción podría imponerse, y qué pruebas de ello tiene la administración, a fin de darle oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que le imputan. Nada de lo anterior ocurrió en el caso materia de estudio, por lo que la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar decretará la nulidad de las resoluciones demandadas

4.2. Actualización de la condena.

²⁴ Sentencia Consejo de Estado, junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010), radicado 16.367. C.P. Enrique Gil Botero.

Como en este caso el contrato cuya caducidad se decreta había sido ejecutado en un 90% faltándole sólo el mes de julio para su ejecución total, el cual expiraba el dos (2) de agosto de 1995, como título indemnizatorio sólo se reconocerá el valor de ese mes, es decir, el valor de \$ 180.000.00 pesos, que fue la suma que se dejó de cancelar al demandante como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, suma que será actualizada desde el día dos (2) de agosto de 1995, por ser la fecha en que se debería realizar el último pago, a la fecha de expedición de esta sentencia, lo cual se hará a continuación:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}} \text{ de donde,}$$

$$VP = \$ 180.000.00 \frac{\text{Ind. Junio /2011}}{\text{Ind. Agosto /1995}}$$

$$VP = \$ 180.000.00 \frac{107,90}{30,18} = \$ 643.538,76.$$

4.3. Costas

En cuanto a las costas del proceso en la segunda instancia, la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a imponerlas cuando alguna de las partes actúa temerariamente -art. 55- y, como quiera que ninguna lo hizo de esa forma, no se aplicarán en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO. Revócase la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2000 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá y en su lugar se dispone:

a).- Anúlense las Resoluciones No. 765 del 19 de julio de 1995 y 1258 de octubre 25 de 1995 expedidas por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que hace parte de la estructura del Ministerio del Medio Ambiente, por medio de las cuales se declaró y se confirmó la caducidad del contrato de prestación de servicios No. 11-236-A-95 celebrado entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que hace parte de la estructura del Ministerio del Medio Ambiente y el señor Álvaro Hernández Torres, cuyo objeto era el servicio de apoyo en la administración, conservación, manejo y protección del Parque Natural Santuario de Fauna y Flora Iguaque.

b).- Como consecuencia, condénese a la Nación - Ministerio del Medio Ambiente - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales a pagar a título indemnizatorio la suma de \$ 180.000.00 pesos, que es el valor dejado de cancelar al demandante como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, suma que actualizada a la fecha de esta sentencia asciende al valor de **\$ 643.538,76.**

c).- De no haber sido liquidado el contrato ordénese al Ministerio del Medio Ambiente, proceder a su liquidación dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

d).- Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.

e).- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

f).- Sin costas en esta instancia.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Incumplimiento / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Contratantes. No procede la indemnización de perjuicios

En aquellos casos en que ambos contratantes incumplen con las obligaciones a su cargo, ninguno puede reclamar perjuicios porque al tenor de lo preceptuado en el artículo 1609 del Código Civil ninguno de ellos está en mora y, como es bien sabido, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor está en mora pues así lo prevé el artículo 1615 de esa misma codificación.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1615

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, Veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06217-01(20273) (20279)

Actor: ALVARO HERNANDEZ TORRES

Demandado: NACION-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES

Reiterando mi consabido respeto por las motivaciones y las decisiones de la Sala, presento la razón que determina la aclaración de mi voto:

De lo esbozado en la parte considerativa del fallo podría deducirse que en él se plantea como regla absoluta que siempre que se declare la caducidad del contrato violando el derecho de defensa se impone el reconocimiento y pago de perjuicios.

Opino sin embargo, y esta es la razón de mi disentimiento, que en aquellos casos en que ambos contratantes incumplen con las obligaciones a su cargo, ninguno

puede reclamar perjuicios porque al tenor de lo preceptuado en el artículo 1609 del Código Civil ninguno de ellos está en mora y, como es bien sabido, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor está en mora pues así lo prevé el artículo 1615 de esa misma codificación.

En estos términos dejo presentada la aclaración de mi voto.

Con toda consideración y respeto,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado