

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Por pasiva / FERROVIAS - Liquidación / MINISTERIO DE TRANSPORTE - Sucesor procesal de FERROVIAS

Toda vez que la entidad pública contratante fue FERROVIAS, y que esta se suprimió mediante el decreto 1.791 de 2003 -“Por el cual se suprime la Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías y se ordena su liquidación”-, se debe determinar entonces cuál entidad la sucedió procesalmente. Para esto es necesario tener en cuenta el art. 60 CPC. Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la posición procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso este continuará y producirá sus efectos, como si hubiere hecho parte del mismo. En el caso concreto, para establecer cuál entidad pública la sucedió en el proceso por pasiva, basta analizar el artículo 19 del decreto 1.791, que reguló expresamente el tema, incluso con independencia de la entidad estatal que recibió la infraestructura férrea a cargo de FERROVIAS. Por tanto, liquidado FERROVIAS será el Ministerio de Transporte quien se vincule a los efectos de esta decisión.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Improcedencia / RECURSO DE APELACION - Competencia / RECURSO DE APELACION - Interpretación / REDUCCION DE LA CONDENA - Improcedencia porque se solicitó en los alegatos de conclusión / REDUCCION DE LA CONDENA - Debe intentarse a través del recurso de apelación por parte del demandado / REDUCCION DE LA CONDENA - No fue solicitada por medio del recurso de apelación

La Sala se circunscribirá a estudiar los aspectos apelados por la parte actora, toda vez que no procede el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Transporte –antes FERROVIAS-, porque la condena no superó los 300 SMLMV que exige la norma -\$61'147.800 para el año de 1998-, aquella sólo ascendió a \$4'535.533 en la fecha en que se expidió la sentencia –octubre 29 de 1998-. En conclusión, el estudio se limitará a los temas frente a los cuales el apelante se mostró inconforme. Sin embargo, para asumir la tarea es necesario interpretar el recurso, ya que el actor, por falta de claridad, no distinguió con precisión las decisiones cuestionadas, porque controvertió algunos aspectos, sin hacer mayores distinciones. De allí que la Sala infiere lo siguiente: 1). En relación con las pretensiones indemnizatorias concedidas en primera instancia, el apelante se mostró conforme. De lo contrario, debió expresar por qué las sumas indicadas en la sentencia no compensan el daño, lo cual no hizo. Por esta razón, la Sala mantendrá lo decidido, pero actualizará los valores correspondientes a los primeros dos conceptos que se relacionan a continuación: i) \$1'236.000, por stand by de maquinaria, imputable a la parálisis en que incurrió el contratista, durante 20 días, por la falta de material para trabajar, y que no se pudo transportar por causas imputables a FERROVIAS; ii) “Sobre costos por horas extras y festivos del personal empleado en los descargues”, por \$716.787, porque el contratista tuvo empleados durante 8 días festivos pendientes del descargue del material; y iii) La orden de liquidar el contrato, en caso de que la entidad aún no lo hubiera hecho. Del igual forma, y pese a que el tribunal negó el pago de otras pretensiones indemnizatorias, el recurrente tampoco manifestó su inconformidad con ello –tal es el caso de: i) “obra contratada, evaluada y pendiente de pago \$13'050.884”, pues no se indicó cuáles fueron las obras, ni era posible deducirlas de las pruebas del proceso; y ii) “devolución de los cánones de arrendamiento”, porque se trata de un

contrato diferente al de obra, el cual no fue demandado ni hace parte de este-. La Sala entiende que aceptó la decisión frente a estos aspectos. 2). En cambio, se cuestionó clara y contundentemente la decisión que conservó la validez de los actos administrativos demandados, expresando varias razones: la violación al debido proceso, el incumplimiento de FERROVÍAS de algunas obligaciones –en particular, el transporte de materiales, que hubiera permitido terminar oportunamente los trabajos-, la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, y la reducción de la sanción penal -en proporción al cumplimiento del contrato-. Al segundo aspecto se circunscribirá el estudio del recurso. Finalmente, recuérdese que al presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia, FERROVÍAS solicitó que se reduzca la condena, porque no le causó perjuicios al actor. La Sala aclara que no estudiará esta solicitud, porque se trata de una inconformidad frente a la decisión del a quo, que debió expresarse a través del correspondiente recurso de apelación –que no presentó la entidad estatal-, con el fin de darle el trámite de segunda instancia que correspondía. De allí que los alegatos de conclusión no constituyen la etapa procesal adecuada para formular inconformidades con la sentencia, y por eso desestima la solicitud.

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Régimen jurídico / DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Marco jurídico a través del tiempo / DEBIDO PROCESO - En actuaciones administrativas / ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Debido proceso / DEBIDO PROCESO - Garantía y aplicación

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 administrativas, además de que enuncia las garantías que lo integran. 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 naciente 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 proscribieron 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 concreta. 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.

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Matices y Aplicación

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 justicia. ¿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 derechos. 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 restricciones, 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 pública. 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 juicio, la presunción de inocencia, el non bis in idem, la posibilidad de controvertir las pruebas y el juez competente; 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.

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Evolución

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 proceso. 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 administrativo. 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 contractuales.

DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL - Evolución jurisprudencial

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., pero no en los del debido proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en veces, de plano, es decir, sin fórmula de juicio, actuando la administración con el convencimiento de que tenía la razón, y que las dudas se podían despejar a través del derecho ciudadano a interponer los recursos de la vía gubernativa. Incluso, la Corte Constitucional no fue ajena a esta actitud regresiva, porque recién expedida la Constitución expresó frente a una sanción contractual –sentencia T-565 de 1992- que: “Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley.”. 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.

DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL - Ley 1150 de 2007 / DEBIDO PROCESO - Principio rector en materia contractual / DEBIDO PROCESO - Rige en todos los procedimientos administrativos

Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los

procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido: En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas. En segundo lugar, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las actuaciones sancionatorias contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las actuaciones no sancionatorias, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de procedimiento es innegable-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros. Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.

COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION PARA IMPONER MULTAS - Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 / MULTAS - Competencia de la Administración para imponerlas / CLAUSULA PENAL - Facultad de imposición por parte de la entidad contratante / DEBIDO PROCESO - Debe garantizarse / IMPOSICION DE MULTAS Y CLAUSULA PENAL - Sujecion al debido proceso / DEBIDO PROCESO - Aplica frente a cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual / ARTICULO 17 DE LA LEY 1150 DE 2007 - Interpretación / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL - Improcedencia de establecerlo mediante normas internas / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Se aplica mientras la ley no determine el procedimiento sancionatorio contractual

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 garantías. 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

podiera 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. 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.

NOTA DE RELATORIA: Fuente formal, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la vigencia y alcance, en materia contractual, de cada una de las garantías del debido proceso administrativo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 18.394.

GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - Vigencia y alcance en materia contractual / CREACION DE FALTAS Y SANCIONES - Reserva legal / FALTAS Y SANCIONES CONTRACTUALES - También se pactan en los contratos / DERECHO SANCIONADOR - Principio de legalidad

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 problemática. 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 incluyen. 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 pactados. 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 penales, como las sanciones contractuales más frecuentes. 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.”

FALTAS Y SANCIONES CONTRACTUALES - No todas devienen de la ley / MULTAS Y CLAUSULA PENAL - Pueden ser pactadas por las partes con fundamento en la autonomía de la voluntad / CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES - Las partes no pueden pactar conductas sancionables

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. Sin embargo, tampoco es obvia la posibilidad de que en todo negocio jurídico las partes pacten las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones que adquieren –salvo que estén establecidas en la ley y luego las partes pacten las causas que dan lugar a ellas, y en tanto tengan competencia para imponerlas-, pues en los servicios públicos domiciliarios –donde un contrato también rige la relación del operador del servicio con el usuario, denominado “contrato de condiciones uniformes”-, se proscribió que las partes acuerden las conductas sancionables, porque sólo la ley debe hacerlo; por lo menos es lo que exige la Corte Constitucional. Sobre el particular, expresa la sentencia SU-1010 de 2008. 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.

SANCIONES EN MATERIA CONTRACTUAL - Algunas sólo deben provenir de la ley y no del contrato - SANCIONES EN MATERIA CONTRACTUAL - Reserva legal ante algunas de ellas / PRINCIPIO DE TIPICIDAD - Noción y sujeción

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

DERECHO A SER JUZGADO ANTE JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE - También actúa en materia contractual / GARANTÍA DEL JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE - Competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones contractuales / DECLARATORIA DEL SINIESTRO - Las entidades contratantes cuentan con la potestad para hacerlo

Alude a que la potestad sancionatoria cuente con la asignación previa de la competencia para imponer la medida coercitiva o limitadora de la libertad. Se trata de la atribución previa de la facultad correctiva sobre el contratista. En efecto, la garantía del juez o tribunal competente se refiere, en materia administrativa, a la asignación de competencia a la entidad estatal para adoptar ciertas decisiones contractuales, pues ella tiene la facultad para hacerlo. 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 80, potestad que es delegable en los términos del art. 12 de la misma ley. 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 ocasiones. 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 [Sentencia de abril 14 de 2005, exp. 14.583] desestimó la posibilidad de que las competencias de las entidades estatales se deduzcan a partir del principio conocido como la potestad de decisión previa. 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 [auto de junio 4 de 1998, exp. 13.988]. 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. 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 [Sentencia de mayo 21 de 2008, exp. 14.581].

PODERES EXORBITANTES - Su ejercicio debe efectuarlo la autoridad competente

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- [sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832]. 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.”

FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO - El procedimiento administrativo debe adelantarse con observancia de tal principio

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.” Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. 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...”. 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...”. 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. 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.

SANCIONES CONTRACTUALES - Su imposición debe estar precedida de la audiencia del afectado / FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO - Reserva legal - PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL - No tiene que ser tan complejo como el judicial

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 2008, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP. 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.), 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.-.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicable a 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 extingue. Del mismo modo, si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue debe darse aplicación al principio de favorabilidad. 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 desfavorable. 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.

PRESUNCION DE INOCENCIA - También rige en la contratación estatal / DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA CONTRACTUAL - Manifestación

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. 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 decisión, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte. Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, 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.

DEBIDO PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS - Aplicable en materia contractual / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Garantiza el acceso a la información

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.

RECURSOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA - Ante el procedimiento sancionatorio contractual / SANCION CONTRACTUAL - Procede recurso de reposición / SANCIONES CONTRACTUALES - Una misma conducta no puede generar dos o más de esas sanciones / EXCEPCIÓN - Hechos posteriores / HECHOS NUEVOS O POSTERIORES - Sí admiten la imposición de una misma sanción contractual / REITERACION DE LA CONDUCTA

El derecho “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.” 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. 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.

CULPABILIDAD DE LA CONDUCTA - Aplicación variable en materia administrativa

Ante todo se debe advertir que no se trata de un principio del debido proceso de origen constitucional, porque el artículo 29, ni alguno otro de dicha norma, lo enuncia. Sin embargo, rige en muchas actuaciones sancionatorias, como la penal, la fiscal y la disciplinaria, pero por incorporación que el legislador hizo de él a través de las leyes que los regulan. Aún así, para el común de las actuaciones sancionatorias administrativas no se puede decir, con criterio de validez general, si rige o no, pues se debe hacer un estudio caso a caso para concluir algo al respecto. Tratándose de la contratación estatal se sabe que muchas sanciones incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no. En el primer grupo se encuentra, por ejemplo, la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa –art. 8.1.b) de la ley 80-; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial. De hecho el ejercicio de las potestades exorbitantes no necesariamente involucra la imposición de una sanción, lo cual conduce a que el elemento culpabilidad sea ajeno a algunos eventos, como es el caso de la interpretación unilateral en general, a la modificación unilateral o a la reversión. Sobre el alcance problemático del tema, señala Alejandro Huergo Lora que “En la responsabilidad contractual y por incumplimiento de obligaciones en general, la regla general es que solo se responde del dolo o de la culpa, pero esa regla puede ser desplazada por normas contrarias y por el pacto de las partes...”, concepto que refleja perfectamente que en cada caso –es decir, en cada actuación sancionatoria- se debe analizar si la culpa integra uno de los aspectos que se deben considerar en las actuaciones administrativas.

DEBIDO PROCESO - Condición constitucional para imponer la cláusula penal pecuniaria / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Su imposición está sujeta a la aplicación del debido proceso / DEBIDO PROCESO DEL CONTRATISTA - Vulneración porque no se garantizó el derecho a un trámite con sujeción a las formas propias de cada juicio / SANCION DE PLANO - Vulnera el derecho a la defensa

En primer lugar, se vulneró el derecho a un procedimiento debido, porque FERROVÍAS no garantizó al contratista el derecho a un trámite que respetara las formas propias de cada juicio. La Sala encuentra probado que FERROVÍAS 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. En efecto, el primer acto que expidió la entidad fue el definitivo, o sea, el que contiene la sanción –Resolución No. 011 de enero 7 de 1993, a fl. 33 del cdno. 2-, la cual apoyó en una comunicación de diciembre 18 de 1992 -dirigida por la interventoría del contrato a la entidad-, donde se da cuenta de que se incumplió la calidad de la resistencia del concreto y el plazo de entrega de las obras. Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del ius puniendi- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA., exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: “Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente”, norma que a continuación desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello. Esta norma 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, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la

decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

COMUNICACIÓN AL AFECTADO CON LA ACTUACION - Debe expresar la existencia de la actuación, su objeto y las normas o cláusulas que prevén la falta y la sanción

El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA., citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan. Es bueno tener presente que la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido que la comunicación que satisface el derecho del contratista a ser puesto en conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo, la constituye aquella que a lo largo de la ejecución del contrato se cruzan las partes del negocio en el sentido de reprochar una conducta o acto de ejecución del negocio. Aplicada esta tesis al caso concreto, el Ministerio Público conceptuó al respecto que no se vulneró el derecho al debido proceso, porque el contratista se pudo reunir con la entidad antes de imponerle la sanción, de suerte que fue oído y se pudo defender. Esta idea la dedujo de la comunicación dirigida por el contratista a FERROVÍAS, en la que le expresa su agradecimiento por la reunión sostenida con él el día anterior, donde pudo exponer sus puntos de vista sobre la situación. Para la Sala, esta única comunicación -en la que el Ministerio Público considera que reposa el derecho de defensa durante la fase previa, tanto del contratista como de la compañía de seguros-, adolece de varias inconsistencias: De un lado, resulta que esa carta no está suscrita por el contratista, luego en este proceso no se le puede imputar su contenido. Entre otras cosas, porque en términos del artículo 269 CPC “Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes”, requisito que no se cumplió en este proceso, por tanto impide tener en cuenta ese documento apócrifo. Ahora bien, si en gracia de discusión el documento fuera valorable, se vería que no es anterior a la sanción inicial, sino posterior, pues la Resolución No. 011 es de enero 7 de 1993 mientras que la comunicación en mención es de marzo 18 de 1993, luego, en lugar de respaldar el derecho a la defensa oportuna, confirma su vulneración, porque ratifica que primero se tomó la decisión, y luego se escuchó a los afectados. La Sala sí encuentra una comunicación dirigida por la interventoría del contrato a la entidad estatal –de enero 28 de 1993, es decir, posterior a la decisión inicial -donde le hace saber que el año anterior se hicieron algunas pruebas técnicas de resistencia de los concretos, las cuales mostraron las deficiencias que ahora se cuestionan. No obstante, la falencia que tiene este otro documento es que también es posterior a la sanción, lo que significa que adolece del mismo defecto procedimental que se viene analizando frente la comunicación que interesa al Ministerio Público. Sin embargo, téngase en cuenta que en la misma comunicación la interventoría señala que en los meses de agosto y septiembre de 1992 ella puso en conocimiento del contratista los hechos que a la postre produjeron la sanción, inclusive le dio copia de los estudios técnicos de laboratorio que soportaban el análisis. La Sala debe hacer dos precisiones al respecto: i) De un lado, que no hay prueba en el proceso sobre las comunicaciones que la interventoría asegura que le dirigió al contratista, remitiéndole la información que contenía los resultados negativos. ii) De otro lado, que una cosa es la discusión técnica que tienen los responsables de los contratos -tanto los representantes técnicos del contratista, como del contratante, como de

la interventoría-, y otra el derecho al debido proceso que regula el art. 29 CP., el cual, si bien no es ni puede ser ajeno a los hechos que vivencian los profesionales expertos de las obras, en todo caso no debe confundirse con el proceso constructivo mismo, es decir, con la actividad de inspección y vigilancia que ellos realizan.

COMUNICACIONES PREVIAS ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO - Presupuestos para que satisfagan el debido proceso / PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS - Oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión / DECISIONES SANCIONATORIAS - No basta con que estén motivadas y sean notificadas

De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre las partes del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa. El juez, por tanto, debe analizar -con especial cuidado- que las cartas enviadas cumplan con los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción. Si se aprecia con detenimiento la jurisprudencia de esta Sección, ella no permite que el inicio de las actuaciones se haga con cualquier manifestación contenida en una carta, sino que exige claramente que se indique en qué consiste la inconformidad con el avance del contrato -art. 28 CCA.-. En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse -de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración -art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión. Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las obligaciones contractuales. En otras ocasiones la Sala se ha referido con claridad a temas semejantes. En conclusión, está claro en el caso concreto que no se inició un procedimiento sancionatorio, y que el primer acto jurídico de FERROVÍAS, de cara al contratista, fue la sanción misma. Ahora, no se puede admitir en este caso - pese a que en el pasado lo toleró la jurisprudencia-, que este derecho se garantizó con la posibilidad que tuvo el actor de discutir la decisión inicial, a través de los recursos de la vía gubernativa, y de la oportunidad nacida a partir de allí de pedir pruebas y controvertirlas. Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera -entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998, exp. 14.821- que “De la doctrina constitucional

citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública”.

SANCION AL CONTRATISTA - No estuvo precedida de audiencia del afectado

Fue la vulneración constante a este derecho lo que le hizo establecer a la ley 1.150 de 2007 lo que debió deducirse sin dificultad a partir del art. 29 CP., es decir, que: “... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...”. En conclusión, la Sala encuentra demostrado que no se adelantó un procedimiento previo, que es indisponible por la administración. Incluso, de los alegatos de conclusión en esta instancia se infiere que en verdad no existió esa etapa preliminar, pues FERROVÍAS sostuvo, sobre la garantía del derecho al debido proceso, que lo aseguró, “... prueba de ello hace parte del expediente los recursos (sic), el de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución 501.”. Estas razones son suficientes para justificar la nulidad de las resoluciones demandadas.

DERECHO A PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIRAS - Vulneración

La Sala encuentra, como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial de FERROVÍAS se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de diciembre 18 de 1992 -, donde señaló que el contratista incumplió el plazo de entrega de las obras y la calidad de los concretos. Además, no existe constancia de haberse puesto esa comunicación en conocimiento del contratista, ni ninguna otra que soportara la decisión sancionatoria, como para que se defendiera de la acusación. Por el contrario, en términos del procedimiento administrativo, lo que se deduce es que éste supo de la existencia de la carta por la referencia que la sanción hizo a ella. Y eso que el art. 28 CCA., exige poner en conocimiento del sancionado el objeto del procedimiento administrativo. Todo esto es inadmisibles en términos de un trámite sancionatorio, y por ello resulta claro que la entidad formó su voluntad de manera unilateral, acudiendo tan sólo a la información que le entregó su interventoría –lo cual no es reprochable hasta este punto-, pero ha debido poner en conocimiento del contratista la decisión de ejercer el poder de corrección del contrato, para que expresara su opinión y, sobre todo, para que aportara las pruebas y argumentos que lo defendieran del criterio que se había formado la interventoría, para que, de ese modo, FERROVÍAS pudiera adoptar una decisión ajustada al debido proceso. Tan pronto se expidió la sanción inicial, y para resolver el recurso de reposición contra ella, mediante la Resolución No. 501 de 23 de marzo de 1993, la entidad recibió de la interventoría varias comunicaciones -del 1 de marzo (fl. 249, cdno. 5), del 5 de marzo (fl. 246, cdno. 5) y del 16 de marzo del mismo año (fl. 146, cdno. 2), estas dos últimas cuantificando las obras no ejecutadas y las no recibidas. Con fundamento en ellas decidió la impugnación, y revocó la multa, pero a renglón seguido impuso la cláusula penal. A estas alturas del procedimiento -según se ve- la entidad continuó formándose un juicio inicial de los hechos, lo que correspondía a la etapa previa a la decisión inicial -no en vano cambió la multa por la cláusula penal-. En este contexto, la Sala

echa de menos que las nuevas observaciones y apreciaciones de la interventoría tampoco se pusieron en conocimiento del contratista, lo que confirma el comportamiento de la entidad estatal, en el sentido de establecer un sistema muy particular de aprehensión del tema, y luego de su voluntad, porque sencillamente el fundamento de su criterio –tanto en la primera como la segunda ocasión- fue puesto en conocimiento a través de las decisiones mismas -no previamente, como era lo adecuado para garantizar la defensa y el debido proceso en general-. Como si fuera poco, la segunda decisión de FERROVIAS –la que revocó la multa y la cambió por la cláusula penal- fue objeto de un nuevo recurso de reposición, autorizado por la misma Resolución No. 501, porque la entidad por lo menos fue consciente de que “se creó una nueva situación legal y reglamentaria”, que se resolvió a través de la Resolución No. 1.934 de agosto 31 de 1993. Para adoptar esta decisión FERROVIAS indagó al interior de la entidad acerca del cumplimiento del contrato, y en comunicación de 30 de julio de 1993 el Vicepresidente de Infraestructura le informó al Director de Contratos que la sanción tiene fundamento fáctico suficiente. Luego hizo lo mismo la interventoría –mediante la comunicación de julio 2 de 1993. Además, también se produjo otra comunicación de esta para FERROVIAS que ratificaba la decisión impugnada.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN - No pudo ser ejercido por el contratista

De todo esto la Sala advierte que para adoptar la decisión inicial el contratista no tuvo la oportunidad de defenderse al interior de un “procedimiento sancionatorio” – que, se insiste, no tiene que ser largo y complejo-, donde se le garantizara la posibilidad de presentar argumentos propios, pruebas y controvertir las que se allegaran en su contra. Por el contrario, la entidad se informó de lo acontecido por sus propios medios, y básicamente obtuvo datos de sus funcionarios y de su interventor, pero sin conceder la oportunidad al actor de explicar los hechos según sus puntos de vista y las pruebas que tenía al alcance. Por esta razón, también se anularán las decisiones demandadas, porque es indisponible el derecho que tienen los contratistas a ser oídos oportunamente. En estos términos, la Sala anulará los actos administrativos demandados, y no se pronunciará sobre los demás argumentos del recurso de apelación –es decir, sobre el incumplimiento de FERROVIAS de algunas obligaciones (en particular, el transporte de materiales, que hubiera permitido terminar oportunamente los trabajos), la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, y la reducción de la sanción penal (en proporción al cumplimiento del contrato)-, porque la decisión que se adoptará hace innecesario estudiar los demás argumentos que en todo caso pretenden lo mismo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)

Actor: JAIME HERNANDEZ TORRES

Demandado: FERROVIAS-HOY MINISTERIO DE TRANSPORTE-

Referencia: CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de octubre de 1998, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Se conoce del proceso como ponente en razón al impedimento aceptado por la Sala, al doctor Mauricio Fajardo Gómez –mediante auto de septiembre 3 de 2008, a folio 280 del cdno. Ppal.-, quien inicialmente lo tenía a su cargo, motivo por el cual pasó al Magistrado que seguía en orden alfabético.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Jaime Hernández Torres, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda contra la Empresa Colombiana de Vías Férreas –en adelante FERROVÍAS-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1) Que son nulas las resoluciones 501 de marzo 23/93 y 1934 de agosto 31/93 de FERROVIAS, por las que se declaró y se confirmó el incumplimiento parcial del contrato No. 01-0524-0-91 celebrado con Jaime Hernández Torres, cuyo objeto era la ejecución de todas las obras necesarias para la construcción de las obras complementarias para la estabilización de la banca en los kilómetros 163, 169, 173, 177 y 178 de la línea férrea Santa Fé de Bogotá – Puerto Salgar y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal.

“2. Que el contratista Jaime Hernández Torres no incumplió el contrato 01-0524-0-91 y no está obligado a pagar la cláusula penal a FERROVIAS.

“3. Que FERROVÍAS fue quien incumplió el contrato 01-0524-0-91.

“4. Que FERROVÍAS debe cancelar al contratista los siguientes conceptos:

“a. Obra contratada y efectuada ya evaluada y pendiente de pago, obras adicionales y obras extras ya evaluadas: ...
(\$13'050.884)

“b. Por concepto de sobrecostos contractuales:

- 1) Stand by de equipos: ...(\$4'182.000)
- 2) Mayor costo generado del descargue de los materiales en góndolas de vuelco: (\$5'484.625)
- 3) Horas extras y festivos de personal empleado en dichos descargues: ... (\$604.800)
- 4) Cánones de arrendamiento cobrados sobre una bodega sin que realmente se hubiera generado por cuanto no se permitió de parte de FERROVÍAS como entidad arrendadora el uso y goce del inmueble: ... (\$223.000)
- 5) Pago del combustible y reparaciones del carro motor: (\$1'115.955)... y (\$328.7000)

c. Actualización por razón de la depreciación de la moneda (perdida del poder adquisitivo) de las cantidades determinadas anteriormente...”

“5. Que se ordene la liquidación del contrato...” (fls. 2 y 3, cdno. 1)

Para justificar estas pretensiones el actor informa que celebró con FERROVÍAS el contrato No. 01-0524-0-91, cuyo objeto fue la ejecución de los trabajos necesarios en la construcción de las obras complementarias para la estabilización de la banca en los kilómetros 163, 169, 173, 177 y 178 de la línea férrea Santa Fe de Bogotá – Puerto Salgar, según los planos y especificaciones entregadas por la entidad. Durante la ejecución encontró los siguientes problemas:

a) Ferrovías tenía a cargo el acarreo de los materiales que utilizaría el contratista en la obra, pero no cumplió la obligación, lo que produjo la suspensión del contrato, según consta en dos actas suscritas por las partes, generando retrasos, tropiezos y alteraciones en la ejecución.

Esto mismo ocasionó un *stand by* de la maquinaria disponible en la obra, pues la entrega inoportuna de los materiales imposibilitó avanzar regularmente, e incluso paralizó los equipos. Esto, desde luego, produjo un lucro cesante.

Como si fuera poco, el transporte -cuando se hacía- se realizó inicialmente en “góndolas de vuelco”, pero FERROVÍAS las cambió por “góndolas balastreras”, haciendo incurrir al contratista en trabajos y gastos adicionales, por el tiempo perdido en “descargues” y “repaleo” para despejar la vía férrea.

b) También se presentaron problemas técnicos, porque la interventoría ordenó hacer una parte del trabajo de concretos en “bolsa-mortero” y no en “bolsa-creto”, por ambigüedad en las especificaciones técnicas, lo que produjo que la resistencia de los mismos fuera inferior a la esperada.

c) Ferrovías puso a disposición del contratista un carro-motor, para el transporte del personal y otros materiales, pero éste no disponía plenamente de él, porque otros contratistas de la entidad también lo ocupaban, obstaculizando su administración. Además, durante el tiempo que lo tuvo a cargo se presentaron múltiples inconvenientes técnicos, incurriendo en gastos equivalentes a \$3'000.000 –incluido el pago del combustible-.

d) Admite que una parte de los concretos que debía colocar no dieron la resistencia técnica esperada, pero agregó que las soluciones que propuso para resolver el problema tampoco fueron atendidas por la interventoría, ni por FERROVÍAS.

e) La entidad impuso una multa al contratista –mediante la Resolución No. 011 de enero 7 de 1993-, por la deficiente resistencia de los concretos y por la mora en entregar las obras. Éste discutió la decisión, a través del recurso de reposición, porque el problema de calidad obedeció a las especificaciones técnicas, y a la orden de la interventoría de realizar los concretos con *bolsa-mortero*, que arrojaba una resistencia inferior al *bolsa-creto*, que era la opción técnica que él recomendaba. FERROVÍAS, por demás, se mantuvo ajeno a estas discusiones técnicas, y creyó sólo la versión de los hechos que se formó la interventoría, quien por cierto actuó arbitrariamente con el contratista.

Respecto a la mora en el plazo de entrega, sostuvo que la causa fue el pésimo transporte de los materiales, labor que estaba a cargo de la entidad estatal.

En la resolución No. 501 de marzo 23 de 1993, FERROVÍAS resolvió el recurso y revocó lo decidido, pero a continuación impuso otra sanción: declaró el “incumplimiento parcial del contrato”, por el problema de resistencia de los concretos, e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria. Contra esta decisión se interpuso nuevamente el recurso de reposición –incluso la compañía de seguros lo hizo-.

El contratista argumentó que el problema de resistencia de los concretos que presentaron dificultad era de fácil solución, de allí que no se justificaba la declaración de incumplimiento. Para demostrarlo solicitó un peritazgo técnico.

La entidad confirmó la decisión, mediante la resolución No. 1.934 de agosto 31 de 1993. Agregó nuevos hechos que soportan la decisión inicial, y le imputó otros incumplimientos al contratista, que no se le habían dado a conocer. Frente a esto manifestó: "... comunicación que no conoce el contratista así como tampoco lo que han manifestado 'los otros ingenieros a cargo de FERROVÍAS', frase que pareciera una fórmula de comodín realizada por la entidad para tratar de subsanar el error en que incurrieron al aplicar la sanción sin mayor argumento que el 'de la interventoría le dijo al contratista' como si ello no representara un desacuerdo entre el contratista y la interventoría que mereciera su intervención para definirla, que ahora pareciera pretender manifestar que sí efectuó escuchando lo manifestado 'por los otros ingenieros a cargo de FERROVÍAS', pero respecto de lo que no se dio posibilidad al ingeniero contratista de defender sus razones y derechos, ya que se está haciendo dentro del mismo proceso de una vía gubernativa generada por imposición de sanciones que ahora se discuten en su legalidad y justicia..." (fl. 9 a 10, cdno. 1). Finalmente, el actor recoge estos hechos en el siguiente análisis jurídico.

i) Considera que la entidad pública carecía de competencia para declarar el incumplimiento parcial del contrato, porque una cláusula penal pecuniaria no se puede hacer efectiva mediante esa declaración, sino a través del incumplimiento o de la caducidad. En otras palabras, el incumplimiento parcial sólo justifica la sanción de multa, pero no la imposición de la cláusula penal.

También cuestionó la falta de competencia, porque el contrato había vencido cuando se impuso la sanción, y la jurisprudencia ha establecido que este poder sólo se ejerce válidamente dentro del plazo del contrato. Incluso, en gracia de discusión, señaló que si la competencia se extendiera hasta los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo pactado también ya había transcurrido.

ii) Agregó que se violaron los arts. 29 y 209 CP., "... al ser expedidas [*se refiere a las resoluciones*] con violación del derecho de audiencia y de defensa... por cuanto los argumentos con que fue dictada la resolución de declaración de incumplimiento parcial, 501 de marzo 23 de 1993, son todos extraídos de

conceptos posteriores de la interventoría sin que se aprecie una valoración de los mismos en relación con lo manifestado por el contratista; frente a los recursos del mismo y de la Aseguradora, FERROVÍAS decide confirmarla por la 1934 de agosto 31/93 citando nuevos hechos y comunicaciones que no son conocidas por los interesados y respecto de las que no tuvieron posibilidad alguna para controvertirlas puesto que fueron omitidas en la resolución recurrida, resultando claro que los fundamentos de la primera son insuficientes para la decisión tomada y que la que la confirma viola el derecho de audiencia y de defensa como también, el principio de imparcialidad, moralidad e igualdad... como también el principio del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y el derecho de defensa del afectado a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra consagrado en el art. 29 de la C.N.... No resulta lógico ni justo que los conceptos y comunicaciones aparezcan para confirmar una decisión y no para sustentarla desde su creación, los fundamentos no pueden ser posteriores a la decisión sino previos a ellas, porque de lo contrario es claro que carece de fundamento.” –fl. 13, cdno. 1- (el comentario entre corchetes es de la Sala)

iii) En definitiva, reiteró que quien incumplió el contrato fue FERROVÍAS, conforme a los hechos narrados (fls. 1 a 17, cdno. 1).

2. Contestación de la demanda

FERROVÍAS se opuso a las pretensiones, negó la ocurrencia de algunos hechos; aceptó otros; y se atuvo a lo que se probara en el proceso, frente a algunos más.

En relación con varios hechos, i) negó que la entidad tuviera la obligación de ofrecer el servicio de transporte para el material o el personal del contratista, ii) reiteró que el problema de algunos concretos se debió a la mala calidad de los trabajos, según lo confirmó la Escuela Colombiana de Ingeniería, y iii) sobre la primera decisión que impuso la multa, señaló que la administración no la revocó, sino que declaró el incumplimiento, por el retardo del contratista. También propuso las siguientes excepciones:

a) *“inexistencia de derecho que legitime las pretensiones en cabeza del actor”*, ya que la entidad podía declarar el incumplimiento parcial del contrato, con fundamento en el decreto 222 de 1983, porque si bien en la resolución 011 de 1993 se le imponía una multa, al estudiar el recurso de reposición contra esa

decisión se encontró que el incumplimiento era mayor, por la mala calidad del trabajo, y la falta de entrega de otro que ni siquiera ejecutó.

b) “Del término de expedición”: Las resoluciones demandas se profirieron oportunamente, porque el contrato estableció un plazo de vigencia, que excedía en tres meses el de ejecución, de allí que, finalmente, vencía el 19 de diciembre de 1992, y la sanción se impuso dentro de los 4 meses siguientes, tal como la jurisprudencia lo autorizaba.

c) “Buena fe y proporcionalidad”: Indicó que la administración actuó correctamente frente al contratista.

d) “En cuanto al incumplimiento”: Quien faltó al contrato fue el contratista, y le causó grandes perjuicios a la entidad -fls. 36 a 42, cdno. 1-.

3. Litisconsorcio necesario integrado con la compañía de seguros CONFIANZA SA.

El *a quo* integró al proceso a la compañía de seguros afectada con el siniestro de la póliza, en calidad de litisconsorte necesario –auto de julio 17 de 1997 (fls. 105 a 106, cdno. 1)-. Al hacerse parte indicó que se adhería al escrito del actor, pero adicionó dos peticiones: i) que si no se accedía a las pretensiones, en subsidio solicitó que se condene a pagar proporcionalmente la cláusula penal pecuniaria, y que, en consecuencia, ii) no se condene al pago total de la cláusula penal. Respaldó la solicitud en los arts. 867 del Co. de Co. y 1.596 del Código Civil, que ordenan reducir la pena pecuniaria en proporción al cumplimiento de la obligación –fls. 128 a 129, cdno. 1-.

4. Alegatos

En autos de 14 de febrero de 1997 y de marzo 30 de 1998 se corrió traslado para alegar de conclusión –fls. 90 y 134, Cdno. 1-.

4.1. La parte actora. Insistió en la dificultad de comunicación directa que tuvo con la entidad pública a lo largo de la ejecución del contrato, pues ésta impartió la instrucción de que cualquier comunicación se debía tramitar por conducto de la interventoría, lo que dificultó la relación negocial.

Retomó el tema del transporte de los materiales, y con fundamento en una cláusula del pliego de condiciones -numeral 4.25-, reafirmó que esta actividad estaba a cargo de FERROVÍAS.

Reiteró sus apreciaciones sobre los incumplimientos imputables a la entidad – calidad de los materiales, transporte de los mismos, plazo de ejecución, etc.-, y la actitud diligente que, en cambio, tuvo de su lado; pero esta vez se apoyó en las pruebas del proceso para justificar su visión del problema –fundamentalmente, en comunicaciones cruzadas entre las partes del contrato, y también con la interventoría-.

Del mismo modo, insistió en el cargo de violación al debido proceso, toda vez que el procedimiento sancionatorio no garantizó su derecho de defensa; y en la falta de competencia temporal para imponer la sanción –fls. 98 a 103, cdno. 1-.

4.2. Compañía de Seguros CONFIANZA SA. Respaldó las razones expuestas por la parte actora, en relación con las causas del incumplimiento - porque son imputables a FERROVÍAS-, y reiteró las apreciaciones sobre la necesidad de disminuir la cláusula penal -fls. 135 a 138, cdno. 1-.

4.3. FERROVÍAS. Insistió en que para la fecha de terminación del contrato el actor no había ejecutado todas las obras contratadas, y que algunas de las que realizó eran de mala calidad –fls. 93 a 97 y 139 a 143, cdno. 1-.

4.4. Ministerio Público. No participó en la primera instancia.

5. La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El tribunal profirió sentencia el 29 de octubre de 1998, y accedió parcialmente a las pretensiones. Halló acreditada la celebración del contrato, por un valor de \$79'876.736, y un plazo de vigencia de 5 meses -de ellos 90 días eran para la ejecución física de las obras-. En la parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: Declárese que el contratista Jaime Hernández Torres, incurrió en sobrecostos derivados de la ejecución del contrato No. 01-0524-0-91 celebrado con la Empresa Colombiana de Vías

Férreas –FERROVÍAS-, por concepto de paralización del equipo y reconocimiento de días festivos a sus trabajadores.

“SEGUNDO: Como consecuencia, condénase a la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVÍAS- a pagar la suma de... (\$4'535.533) por el concepto enunciado.

Tal suma se actualizará tomando como índice el del mes de octubre de 1998 y como final el de ejecutoria de la sentencia,

“TERCERO: De no haber sido liquidado el contrato ordénase a FERROVÍAS, proceder a su liquidación dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

“CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.

“QUINTO: Deniénganse las demás pretensiones de la demanda.

“SEXTO: Condénase al actor al pago del 50% de las costas procesales. Tásense por la Secretaría.”

Indicó que FERROVÍAS tenía la obligación de transportar los materiales que el contratista ponía para ejecutar la obra, pero que la incumplió, lo que dio lugar a adicionar el plazo del contrato. Sin embargo, señaló que el actor también incumplió varias obligaciones: el plazo de entrega, porque al finalizar la ejecución faltaba un 10% del trabajo; y la calidad de los concretos de las obras, como quiera que la resistencia fue inferior a la acordada.

En conclusión, negó la pretensión anulatoria de las resoluciones que impusieron la sanción, porque la entidad contaba con la facultad para declarar el incumplimiento del negocio jurídico, con fundamento en el art. 72 del decreto 222 de 1983. Y en cuanto al límite temporal para hacerlo, consideró que la entidad podía ejercer la potestad en el término de liquidación del contrato, e incluso extenderla hasta el término de caducidad de la acción.

Agregó que no se debía reducir el monto de la cláusula penal, porque los perjuicios que sufrió FERROVÍAS superaron el valor impuesto, pese a que el porcentaje del incumplimiento fuera aparentemente pequeño.

De igual forma, negó que se hubiera configurado una falsa motivación sobre los actos demandados, porque expresaron la verdad de los hechos. En este sentido, halló acreditado el incumplimiento del contratista, tal como lo motivó la administración.

En relación con las pretensiones indemnizatorias, por el incumplimiento del contrato a cargo de FERROVÍAS, accedió a las siguientes: *i)* ordenó pagar la suma de \$1'236.000 -actualizados-, por concepto de *stand by* de la maquinaria, imputable a la parálisis en que hizo incurrir al contratista, durante 20 días, por la falta de material para trabajar, y que no se pudo transportar por causa imputable a FERROVÍAS; *ii)* “sobre costos por horas extras y festivos del personal empleado en los descargues”, por la suma de \$716.787, porque efectivamente el contratista tuvo empleados durante 8 días festivos pendientes del descargue del material, y *iii)* ordenó a la entidad que liquide el contrato, en caso de que aún no lo hubiera hecho.

De otro lado, negó las siguientes pretensión indemnizatorias: *i)* “obra contratada, evaluada y pendiente de pago \$13'050.884”, porque no se indicó cuáles fueron las obras, ni es posible deducirlas de las pruebas del proceso; *ii)* “sobrecostos generados en el descargue de materiales en góndolas balastreras y no de vuelco”, porque esta actividad estaba a cargo del contratista y no se pactó en qué clase de góndolas se debía transportar; *iii)* devolución de los cánones de arrendamiento, porque se trata de un contrato diferente al de obra, que no fue demandado ni hace parte de este; y *iv)* pago de combustible y reparación de carromotor”, porque no se trataba de una obligación asumida por la entidad a favor del contratista.

6. El recurso de apelación

Lo interpusieron la parte actora y la compañía de seguros CONFIANZA SA., pero esta última no lo sustentó -fls. 184 y 183, respectivamente, del cdno. Ppal.-.

El actor, en forma confusa -porque no diferenció los conceptos frente a los cuales quedó inconforme con la sentencia-, cuestionó la credibilidad que el *a quo* le dio a las apreciaciones de la interventoría y a los funcionarios de FERROVÍAS, entre otras cosas, porque los hechos en que se fundamentaron las resoluciones no se los dieron a conocer, de manera que se violó su derecho de contradicción.

En este sentido, agregó que las decisiones sancionatorias tuvieron como apoyatura razones y argumentos de la interventoría y luego otros criterios aportados por “funcionarios de la entidad”, pero “... al contratista nunca se le dio

la oportunidad de rebatir esos informes, esas nuevas comunicaciones y razones, ni de asistir a una inspección de la obra con los ingenieros y con la interventoría, y mucho menos de exponer sus razones frente a los mismos... Todas las resoluciones fueron dictadas al revés del procedimiento administrativo normal y justo... primero sanciona y luego justifica.” -fl. 203, cdno. Ppal.-. A continuación respaldó este argumento en copiosa jurisprudencia de la Sección, y también en alguna de la Corte Constitucional.

Así mismo, cuestionó la afirmación del *a quo* según la cual el contratista aceptó que los concretos tenían una resistencia inferior a la acordada, cuando lo cierto es que lo que se admitió en la demanda y en los alegatos no fue la responsabilidad por ese hecho, sino que siendo cierto, todo obedeció a las decisiones que tomó la interventoría, y a las deficiencias de las especificaciones técnicas que le entregó la entidad.

Cuestionó que el tribunal diera por hecho que para la fecha en que venció el plazo del contrato -septiembre 15 de 1992- FERROVÍAS estaba cumpliendo la obligación de transportar el material, cuando no era así.

Sobre el carro-motor para transporte del personal, insistió en que era obligación de FERROVÍAS suministrarlo, y también se mostró en desacuerdo con la afirmación de que las entidades estatales cuentan con todo el plazo de caducidad de la acción contractual para imponer sanciones, cuando el Consejo de Estado ha señalado que sólo procede durante el término de ejecución del contrato.

Finalmente, quedó inconforme porque se mantuvo el valor de la sanción penal, cuando debería aplicarse la ley civil y comercial, que ordenan reducirla en proporción al cumplimiento del contrato -fls. 201 a 209, cdno. Ppal.-.

7. Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

7.1. La parte actora y la Compañía de Seguros CONFIANZA SA. No intervinieron en esta etapa del proceso.

7.2. FERROVÍAS. Reiteró que el contratista incumplió las obligaciones, y que por el contrario estaba facultada por el art. 72 del decreto 222 de 1983 para imponer la cláusula penal pecuniaria. También defendió la competencia temporal

para hacerlo, con los mismos argumentos que ya había expuesto –fls. 216 a 218, cdno. Ppal.-.

Sobre la garantía del derecho al debido proceso, aseguró que se respetó, “... prueba de ello hace parte del expediente los recursos (sic), el de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución 501.” –fl. 217, cdno. Ppal.-.

En general, consideró que las pruebas demuestran que el contratista incumplió el contrato, y por eso la decisión apelada se ajusta a la realidad de la ejecución del contrato.

Al concluir, solicitó que se reduzca la condena, porque está probado que FERROVÍAS no le causó perjuicios –fls. 215 a 219, cdno. Ppal.-.

7.3. Concepto del Ministerio Público. Solicita que se confirme la decisión, porque el *a quo* acertó en el análisis del incumplimiento por parte del contratista. Específicamente, estudió el problema de la calidad del concreto, y lo encontró acreditado, además de que el hecho no es atribuible a una indebida ingerencia de la interventoría en el aspecto técnico del contrato, sino que era responsabilidad del actor.

Sobre la garantía del debido proceso en el procedimiento sancionatorio, conceptuó que tampoco se vulneró, porque el contratista se pudo reunir con la entidad antes de la imposición de la sanción, de manera que fue oído y se pudo defender.

En cuanto a la competencia para imponer la sanción, conceptuó que también era indiscutible, porque el art. 72 del decreto 222 de 1983 permitía sancionar a los contratistas aún después de vencido el plazo, pero sólo para imponer la cláusula penal.

De otro lado, en relación con el incumplimiento que el contratista le imputa a la entidad, como excusa para no cumplir sus obligaciones, observa que si se hubiera probado esto, en todo caso los hechos que alega –falta de respuesta a múltiples reclamaciones- no impedían que se ejecutaran oportuna y adecuadamente las obligaciones adquiridas.

Finalmente, sobre el monto de la cláusula penal pecuniaria, señaló que tampoco se debe reducir, porque no basta verificar el porcentaje de cumplimiento o de incumplimiento de un contrato para disminuir automáticamente el valor de la sanción, sino que es necesario analizar el monto de los perjuicios sufridos. En el caso concreto, el Ministerio Público considera que los daños a la entidad superaron el valor de la cláusula penal, y por eso se debe conservar la decisión – fls. 222 a 235, cdno. Ppal.-.

CONSIDERACIONES

El problema propuesto por el impugnante cuestiona la legalidad de las decisiones administrativas de FERROVÍAS que le impusieron la cláusula penal, con base en las razones y argumentos de la interventoría del contrato, y luego con otros criterios aportados por “funcionarios de la entidad”, de allí que no se le dio la oportunidad de discutir los informes, las nuevas comunicaciones y los fundamentos expuestos en las resoluciones, ni de asistir a una inspección de la obra con los ingenieros y con la interventoría. En tal sentido, acusa a la administración de violar el derecho al debido proceso administrativo.

La sentencia impugnada será modificada, previo análisis de los siguientes aspectos: i) la legitimación por pasiva en el proceso, ii) el alcance de los asuntos apelados, e improcedencia de la consulta, iii) lo probado en el proceso, iv) el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, v) la evolución del derecho al debido proceso en las actuaciones contractuales, y vi) el caso concreto.

1. Legitimación por pasiva en el proceso, teniendo en cuenta la liquidación de FERROVÍAS.

Toda vez que la entidad pública contratante fue FERROVÍAS, y que esta se suprimió mediante el decreto 1.791 de 2003¹ -“Por el cual se suprime la Empresa

¹ Dispusieron los arts. 1 y 2 de este Decreto: “Art. 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprímese la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías, Empresa Industrial y Comercial del Estado creada por el Decreto 1588 de 1989 y vinculada al Ministerio de Transporte.

“A partir de la vigencia del presente decreto la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar dentro de un plazo de dos (2) años, prorrogables hasta por un plazo igual y utilizará para todos los efectos la denominación Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías - en liquidación.

Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías y se ordena su liquidación”-, se debe determinar entonces cuál entidad la sucedió procesalmente. Para esto es necesario tener en cuenta el art. 60 CPC., que prescribe:

“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22). Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

“Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (negritas fuera de texto)

Según esta norma, en uno de sus supuestos -el que interesa a este caso-, en el evento que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la posición procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso este continuará y producirá sus efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, para establecer cuál entidad pública la sucedió en el proceso por pasiva, basta analizar el artículo 19 del decreto 1.791, que reguló expresamente el tema, incluso con independencia de la entidad estatal que recibió la infraestructura férrea a cargo de FERROVÍAS.

“La liquidación se realizará conforme a lo contemplado en el Decreto Ley 254 de 2000, mediante el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional y las demás normas que lo modifiquen, sustituyan o reglamenten y en el presente decreto.

“Art. 2o. TERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA ENTIDAD. Vencido el término de liquidación señalado en el artículo 1o del presente decreto, terminará la existencia jurídica de la Empresa Colombiana de Vías Férreas Ferrovías en Liquidación, para todos los efectos.”

El plazo otorgado en el art. 1 fue ampliado por el Decreto 2.089 de 2005, hasta el 26 de junio de 2007.

“Art. 19. PROCESOS JUDICIALES. El Liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectúe la entrega de inventarios al Ministerio de Transporte. Así mismo, deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial de la Nación, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, como también, cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados por las disposiciones legales vigentes.

“El Ministerio de Transporte, asumirá, una vez culminada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos.” (Negrillas fuera de texto)

Por tanto, liquidado FERROVÍAS será el Ministerio de Transporte quien se vincule a los efectos de esta decisión.

2. El alcance de los asuntos apelados e improcedencia de la consulta en el caso concreto

La Sala se circunscribirá a estudiar los aspectos apelados por la parte actora, toda vez que no procede el grado jurisdiccional de consulta en favor del Ministerio de Transporte –antes FERROVÍAS-, porque la condena no superó los 300 SMLMV que exige la norma -\$61'147.800 para el año de 1998-, aquella sólo ascendió a \$4'535.533 en la fecha en que se expidió la sentencia –octubre 29 de 1998-. En efecto, el artículo 184 CCA. –modificado por la ley 446 de 1998-, dispone:

“Art. 184. CONSULTA. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que **exceda de trescientos (300) salarios mínimos** mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

“Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

“En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

(...)

En conclusión, el estudio se limitará a los temas frente a los cuales el apelante se mostró inconforme. Sin embargo, para asumir la tarea es necesario interpretar el recurso, ya que el actor, por falta de claridad, no distinguió con precisión las decisiones cuestionadas, porque controvertió algunos aspectos, sin hacer mayores distinciones. De allí que la Sala infiere lo siguiente:

1). En relación con las pretensiones indemnizatorias concedidas en primera instancia, el apelante se mostró conforme. De lo contrario, debió expresar por qué las sumas indicadas en la sentencia no compensan el daño, lo cual no hizo. Por esta razón, la Sala mantendrá lo decidido, pero actualizará los valores correspondientes a los primeros dos conceptos que se relacionan a continuación: *i)* \$1'236.000, por *stand by* de maquinaria, imputable a la parálisis en que incurrió el contratista, durante 20 días, por la falta de material para trabajar, y que no se pudo transportar por causas imputables a FERROVÍAS; *ii)* “Sobre costos por horas extras y festivos del personal empleado en los descargues”, por \$716.787, porque el contratista tuvo empleados durante 8 días festivos pendientes del descargue del material; y *iii)* La orden de liquidar el contrato, en caso de que la entidad aún no lo hubiera hecho.

Del igual forma, y pese a que el tribunal negó el pago de otras pretensiones indemnizatorias, el recurrente tampoco manifestó su inconformidad con ello –tal es el caso de: *i)* “obra contratada, evaluada y pendiente de pago \$13'050.884”, pues no se indicó cuáles fueron las obras, ni era posible deducirlas de las pruebas del proceso; y *ii)* “devolución de los cánones de arrendamiento”, porque se trata de un contrato diferente al de obra, el cual no fue demandado ni hace parte de este-. La Sala entiende que aceptó la decisión frente a estos aspectos.

2). En cambio, se cuestionó clara y contundentemente la decisión que conservó la validez de los actos administrativos demandados, expresando varias razones: la violación al debido proceso, el incumplimiento de FERROVÍAS de algunas obligaciones –en particular, el transporte de materiales, que hubiera permitido terminar oportunamente los trabajos-, la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, y la reducción de la sanción penal -en proporción al cumplimiento del contrato-.

Al segundo aspecto se circunscribirá el estudio del recurso.

Finalmente, recuérdese que al presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia, FERROVÍAS solicitó que se reduzca la condena, porque no le causó perjuicios al actor –fls. 215 a 219, cdno. Ppal.-. La Sala aclara que no estudiará esta solicitud, porque se trata de una inconformidad frente a la decisión del *a quo*, que debió expresarse a través del correspondiente recurso de apelación –que no presentó la entidad estatal-, con el fin de darle el trámite de segunda instancia que correspondía. De allí que los alegatos de conclusión no constituyen la etapa procesal adecuada para formular inconformidades con la sentencia, y por eso desestima la solicitud.

3. Lo probado en el proceso

Definido lo anterior, se analizará –antes de avanzar en el estudio teórico del tema, y luego en el del caso concreto- lo que se encuentra probado en el proceso. En tal sentido:

a) Está demostrado que entre el señor Jaime Hernández Torres y FERROVÍAS se celebró el contrato de obra pública No. 01-0524-0-91, cuyo objeto fue la ejecución de los trabajos necesarios para la construcción de las obras complementarias para la estabilización de la banca en los kilómetros 163, 169, 173, 177 y 178 de la línea férrea Santa Fe de Bogotá–Puerto Salgar –fls. 46 a 49, cdno. 3-. El valor fue de \$79'876.736 –Cl. Tercera-, y el plazo distinguió entre la vigencia, que fue de 5 meses; y la ejecución, que fue de 90 días –Cl. séptima-.

b) El contratista constituyó las pólizas que ampararon a la entidad estatal por los riesgos que esta corría, a través de la compañía de seguros CONFIANZA SA., garantías que luego aprobó la entidad estatal –fls. 42, 53 a 56, 61 a 69, cdno. 3-.

c) El 5 de febrero de 1992 suscribieron el *Acta de Inicio* de la obra, pero allí mismo –es decir, en esa acta- *suspendieron el plazo*, porque la entidad no contaba con los vehículos que se comprometió a poner al servicio del contratista para transportar los materiales de la obra que éste suministraría -fls. 30 a 31, cdno. 3-.

d) El plazo se reanudó el 17 de marzo de 1992 –según *Acta de Reanudación*, que obra a fls. 28 a 29, cdno. 3-, fecha a partir de la cual empezaron a contarse los 90 días de ejecución de los trabajos.

e) Luego, el 29 de abril de 1992, las partes celebraron un contrato de arrendamiento, identificado con el No. 13-0253-0-92, en virtud del cual la entidad pública entregó un inmueble suyo al señor Jaime Hernández, para que almacenara los materiales y guardara los equipos y maquinaria necesarios para ejecutar el contrato –Cls. primera y sexta- (fls. 1 a 4, cdno. 3)

f) El 6 de junio de 1992 se *suspendió nuevamente el contrato* –según Acta de la misma fecha (fls. 394 a 395, cdno. 2)-; y el 15 de junio, mediante el contrato adicional No. 01-0524-1-92, se *adicionó el plazo* en seis semanas –fls. 19 a 20, cdno. 2-; y el 23 de junio se *reanudó el plazo* que estaba interrumpido –fls. 392 a 393, cdno. 2-

g) El 5 agosto de 1992, se *adicionó una vez más el contrato*, en \$6'889.350 –fls. 21 a 22, cdno. 2-, y ese mismo día se suscribió otro *contrato adicional* en valor –por \$1'336.311- y en plazo –distinguiendo, nuevamente, el término de entrega (que se postergó para el 19 de septiembre de 1992), y el de vigencia (por tres meses más, contados desde esta fecha) (Cl. tercera) –fls. 23 a 24, cdno. 2-.

h) El 7 de enero de 1993, vencido el plazo del contrato –desde el 19 de septiembre de 1992-, FERROVÍAS impuso una multa al contratista –Resolución No. 011-, alegando dos razones, que se fundamentaron en un informe de la interventoría: i) el incumplimiento de la resistencia de los concretos, y ii) la mora en la entrega de los trabajos –fls. 33 a 34, cdno. 2-.

La compañía de seguros CONFIANZA SA. y el señor Jaime Hernández Torres interpusieron recurso de reposición. Éste cuestionó la idoneidad técnica de la interventoría del proyecto, pero, básicamente, hizo ver que el problema de la resistencia de los concretos no era de todos los que se hicieron en la obra, sino de una pequeña parte –del 11% de los trabajos-, y que por cierto no era el ítem más representativo.

Además señaló que la interventoría sugirió los materiales que debían emplearse para hacer el concreto, y allí radicó la falla técnica, toda vez que por esta recomendación la resistencia no alcanzó lo técnicamente autorizado. También cuestionó la oportunidad -el tiempo- en que se impuso la sanción, como quiera que el contrato había vencido; e igualmente el incumplimiento de algunas

obligaciones a cargo de FERROVÍAS -específicamente el transporte de materiales-.

i) El 23 de marzo de 1993, FERROVÍAS revocó la anterior decisión –mediante la Resolución No. 501-, aceptando que el plazo para imponer multas al contratista estaba vencido. Sin embargo, reiteró que no se cumplió con la calidad de la resistencia de los concretos, según concepto que la interventoría profirió en respuesta al recurso de reposición. Por ello, la resolución declaró ahora el “*incumplimiento parcial del contrato*”, para hacer efectiva la cláusula penal, pues la calidad de los concretos es un problema imputable al contratista.

j) A continuación, se concedió al actor –una vez más- la oportunidad de interponer el recurso de reposición contra la sanción, porque FERROVÍAS admitió que “... dentro del proceso de vía gubernativa se creó una nueva situación legal y reglamentaria al contratista...” –fl. 63, cdno. 2-. En consecuencia, se impuso la cláusula penal pecuniaria.

El recurso lo interpusieron la compañía de seguros CONFIANZA SA. y el contratista. Éste cuestionó las razones que se esgrimieron para declarar el incumplimiento parcial del contrato, porque el problema de los concretos fue pequeño ante la magnitud de la obra. Asimismo, solicitó el pago de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de FERROVIAS –fls. 68 a 71, cdno. 2-.

k) La entidad, en la Resolución No. 1.934 de 1993, resolvió las impugnaciones, y confirmó la decisión. Indicó que el problema de resistencia no era pequeño ni de menor envergadura técnica, de allí que sí justificaba la imposición de la cláusula penal pecuniaria, y sobre el monto de la sanción -10% del valor del contrato, que corresponde al límite cubierto por la póliza-, negó la solicitud de reducción, porque los perjuicios superaron el valor asegurado. Finalmente, hizo una nueva relación de obras inconclusas, que también justificaban la sanción –fls. 72 a 76, cdno. 2-.

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 administrativas², 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.

² En la sentencia T-1263 de 2001 la Corte Constitucional manifestó: “El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.”

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

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 naciente 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 proscribieron 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 concreta³. 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 justicia⁴. ¿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

³ En la sentencia C-599 de 1992 la Corte Constitucional esbozó el tema de la siguiente manera: “A la luz de las regulaciones de la Carta, **el debido proceso administrativo, no es un concepto absoluto y plenamente colmado por ella; por el contrario aquel presupone distinciones ordenadas por la propia Carta y por la ley, siempre que sean adecuadas a la naturaleza de la actuación de las autoridades públicas**, que inclusive pueden llevar, como en varias materias se ha establecido, a la reserva temporal de la actuación, del acto o del documento que los contenga; empero, cuando se trata de definir o derivar la responsabilidad de las personas que pueden ser sujetos de una sanción o pena, si se requiere de la publicidad, de la contradicción, de la intervención del juez natural y de la aplicación de las formas propias de cada juicio, es decir, deben respetarse los principios y garantías de rango constitucional que enmarcan en términos generales el *ius puniendi* del Estado.” -Negrillas fuera de texto-

⁴ “Art. 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.”

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

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

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

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 derechos⁵. 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 restricciones⁶, lo que sugiere que de una negación absoluta se transita ahora, aunque muy lentamente, a una negación con excepciones.

⁵ En la sentencia T-145 de 1993 expresó la Corte sobre esta misma idea: "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."

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

⁶ En tal sentido, el art. 17 de la ley 734 de 2002 dispone: "**DERECHO A LA DEFENSA.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. **Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio**, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente." (Negrillas fuera de texto)

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

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 pública⁷. 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

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

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

⁷ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 -exp. 18.394- la Sección Tercera señaló, en un análisis bastante completo del debido proceso en materia contractual, que: "Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); **y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración**, tal y como se pasará a describir a continuación a propósito de la ejecución del contrato y en particular en ejercicio de una potestad sancionatoria como es la caducidad del contrato." (Negrillas fuera de texto)

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 juicio⁸, la presunción de inocencia⁹, el *non bis in idem*, la posibilidad de controvertir las pruebas¹⁰ y el juez competente¹¹; frente a los cuales todos los ordenamientos

⁸ En la sentencia T-201 de 1993 la Corte Constitucional analizó esta garantía: “Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales; es decir, cobija todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando el particular estime que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

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

⁹ Muy temprano la Corte Constitucional aceptó la vigencia indiscutida de la presunción de inocencia en las actuaciones administrativas, sin sugerir una reducción en su contenido –ver sentencia T-097 de 1994-. En este sentido ha señalado: “Más aún, la Carta de 1991 consagra la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta que esta es una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario. **Tal presunción cabe ciertamente tanto en el ámbito del derecho penal como en el de las infracciones administrativas.**” (Negrillas fuera de texto)

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

(...)

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

¹⁰ Para la Corte Constitucional: “En conclusión, **en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.**” -Negrillas fuera de texto- (sentencia T-011 de 1993)

¹¹ La defensa de la competencia para adoptar una decisión administrativa, como elemento del debido proceso, la ha reiterado la Corte en varias ocasiones. Por ejemplo: “La competencia, en general, es ese cúmulo de ‘facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo o judicial, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración Pública y la distribución de las distintas funciones entre ellos. En este sentido, la

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 proceso¹².

competencia viene a ser como una especie de 'distribución' de los asuntos entre los órganos de la administración.'

(...)

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

¹² En la sentencia T-097 de 1994 la Corte hace evidente la evolución de su jurisprudencia en este tema, en la perspectiva de incrementar las garantías en materia administrativa, pues señaló: “21. Si bien es cierto que, en términos generales, la administración sólo está obligada a respetar unas garantías mínimas que no desconozcan el núcleo esencial de las garantías procesales, **en aquellas circunstancias en las cuales una decisión administrativa de tipo disciplinario conlleve la limitación o pérdida de un derecho fundamental, el deber de acatar las garantías constitucionales es tan apremiante, como el que se deriva de las normas penales.** La diferencia que aparece por encima de la obligación común de respetar los mínimos esenciales entre los dos ámbitos jurídicos mencionados, resulta de la consideración de la persona involucrada en la sanción y no simplemente del carácter funcional del derecho administrativo. El respeto de las garantías propias del debido

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 administrativo¹³.

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 contractuales¹⁴.

proceso se exige en todas aquellas situaciones en las cuales la decisión administrativa o judicial pueda dar lugar a una afectación grave de los derechos fundamentales de la persona.

“Así lo expuesto por el Constituyente Hernando Londoño en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. ‘El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. **Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona**, como su libertad personal o su patrimonio económico’. Sobre este particular expresó lo siguiente: ... (Gaceta Constitucional, N° 84, p. 8).” (Negritas fuera de texto)

¹³ En términos de la Corte Constitucional “El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal” –sentencia T-011 de 1993-.

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

¹⁴ la Sección Tercera analizó este derecho en forma similar a lo expresado hasta ahora, en la sentencia de noviembre de 2005 –exp. 14.157-, indicando que: “El tema es complejo, y ha marcado, en la historia de la evolución del derecho al debido proceso, una serie de épocas, que van desde la ausencia total de protección, la protección más o menos acentuada para casos determinados, y la protección plena, en todos los eventos.

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

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

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

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

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

(...)

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

¹⁵ Dispone el inciso primero del art. 3 “PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia,

no en los del debido proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en veces, de plano, es decir, sin fórmula de juicio, actuando la administración con el convencimiento de que tenía la razón, y que las dudas se podían despejar a través del derecho ciudadano a interponer los recursos de la vía gubernativa. Incluso, la Corte Constitucional no fue ajena a esta actitud regresiva, porque recién expedida la Constitución expresó frente a una sanción contractual –sentencia T-565 de 1992- que: “Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. *En*

imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.”

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

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

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

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

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

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 administrativas¹⁶. 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:

¹⁶ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó la Sección Tercera que incluso la jurisprudencia ya había introducido con fuerza y determinación este derecho, al señalar que “De otra parte, es importante mencionar que la reciente reforma al estatuto de contratación pública, estableció en el primer inciso que “...[e]l debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales...”, precepto que representa un avance importante, pero que, como se vio, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y normas legales concordantes ya había sido acogido por la jurisprudencia, incluso, con mayor proyección, en la medida en que la tendencia precedente a la norma lo amplió a los procedimientos administrativos en los que se utilicen las facultades excepcionales con independencia de que fueren sancionatorias o no, lo cual se determina en cada caso concreto. **En vigencia de dicha reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, en la que se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.**” (Negrillas fuera de texto)

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 adjudicado¹⁷, 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 innegable¹⁸-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

¹⁷ En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación -generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: “**En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso**, producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años que le produce, sin lugar a dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9º de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo).” (Negrillas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

¹⁸ En la Licitación Pública, Julio Rodolfo Comadira contesta a la pregunta que se formula a sí mismo, acerca de si la licitación pública es un acto complejo o un procedimiento administrativo, que “... se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo; así lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia...” (Ed. Depalma. Buenos Aires. 2000. Págs. 2 a 3)

Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no¹⁹. 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

¹⁹ Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: “En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. **Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino mediante una decisión respetuosa del debido proceso.**”

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

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

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

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

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 garantías²⁰.

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:

²⁰ Esta norma fue reglamentada por el art. 87 del decreto 2474 de 2008, que estableció: "Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

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

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

“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 Administrativo²¹.

“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,...”²² (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 casos²³.”

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

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C - 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C - 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

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 administrativo²⁴.

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 problemática²⁵.

²⁴ La jurisprudencia de esta Sección ya analizó ampliamente este tema, y bajo la misma perspectiva -sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 18.394-. Indica que el debido proceso rige en materia administrativa y contractual, porque: “De acuerdo con lo expuesto, no es materia de discusión que el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, y que implica, entre otros aspectos, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción, entre otros, es extensiva a toda clase de actuación tanto judicial como administrativa, incluyendo dentro de ésta última las derivadas de la actividad contractual del Estado.”

²⁵ La dificultad del tema la puso de presente la Sección Tercera -sentencia de noviembre de 2005, exp. 14.157-, al señalar: “La inquietud más significativa que se ha formulado la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como extranjera, radica en determinar si todos y cada uno de los derechos que integran el debido proceso rigen en los procedimientos administrativos, o si algunos de ellos no tienen espacio de aplicación en dicho contexto.

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

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

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

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

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

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 incluyen²⁶. De allí que, no es posible hacerlo en otros negocios

²⁶ Dispone el art. 14 “DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

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

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

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

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

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 pactados²⁷. 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

contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

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

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

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

²⁷ Dispone el art. 1 de la ley 828 de 2003: “Modifícase el párrafo 2 del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el cual quedará así:

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

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

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

pactar multas y cláusulas penales²⁸, como las sanciones contractuales más frecuentes²⁹. 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

²⁸ A manera de ejemplo, dispone el art. 1.592 del Código Civil que la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

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

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

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

²⁹ La ley 80 autoriza a las entidades estatales a acudir a la regulación civil y comercial por la remisión que hacen los artículos arts. 13, 32 y 40. Este último, en particular, autoriza pactar las estipulaciones, acuerdos y pactos que el derecho civil y comercial permiten, entre ellos la cláusula penal y las multas. Disponen estas normas:

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

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

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

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

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

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.”³⁰

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 proscribe 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 2008³¹:

“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

³⁰ Sobre la relación entre el principio de legalidad y el de tipicidad en las sanciones administrativas, pero sobre todo sus diferencias, ver sentencia SU-1010 de 2008 de la Corte Constitucional.

³¹ Esta doctrina no es nueva. Se remonta a las sentencias T-720 de 2005 y T-558 de 2006, contra las cuales se pronunciaron algunas Salas de decisión de la Corte, que justificaron la necesidad de dictar una sentencia de unificación –SU- sobre el tema, la que corresponde a la SU-1010 de 2008, que se citará a continuación.

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 provisiones especiales.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de

manera previa a su realización *-lex previa-*, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder³².

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 contratista³³. 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.

³² Criticando esta postura, que declina la legalidad fuerte por una débil, afirma Alejandro Nieto García: "En este proceso el primer paso hacia atrás está constituido materialmente por la sustitución del principio de legalidad por el principio de la antijuridicidad, es decir, por la previsión de los ilícitos y sus sanciones en una norma de cualquier rango y no necesariamente en una ley formal. Este proceso no ha sido, desde luego, una concesión ideológica al pasado, sino, pura y simplemente, una imposición de la realidad, dado que es físicamente imposible realizar una tipificación exhaustiva por medio de leyes. Ante esta situación inevitable y constatable, el dogma ha tenido que ceder y relajarse en formulaciones teóricas más o menos ingeniosas -como la de la 'colaboración' reglamentaria-, pero que no puede disimular el hecho descarnado de que el principio de legalidad no supone la regulación exclusiva y excluyente del derecho administrativo sancionador a través de la ley. Forzoso es reconocer, con todo, que este retroceso, que esta aproximación del dogma a la realidad, ha tenido lugar con una resistencia poco menos que heroica y guardando en lo posible las garantías de la legalidad... pero a nadie se le escapa que, una vez abierto el portillo, resulta prácticamente imposible evitar que por él se cuele lo tolerable lo intolerable..." (Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. Madrid. Segunda edición. 1994. Pág. 203)

³³ Así mismo lo ha entendido la Corte Constitucional: "Por tal razón, lo primero que debe concluirse es que nos encontramos frente a la imposición de verdaderas sanciones de carácter pecuniario, en ejercicio de una potestad que, según aducen las empresas, les ha sido otorgada. En este escenario, **la pregunta que surge entonces es: ¿las empresas... efectivamente tienen la facultad de imponer este tipo de sanciones?**

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

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 80³⁴, potestad que es delegable en los términos del art. 12 de la misma ley³⁵.

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 ocasiones³⁶. En algunas debió

³⁴ “Art. 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

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

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

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

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

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

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

³⁵ “Art. 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR. <Ver Notas del Editor> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.”

³⁶ Por ejemplo, en la sentencia de 30 de julio de 2008 se decidió la acción de simple nulidad formulada en contra del artículo 54 de la Resolución No. 108 de 1997 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el cual establecía la facultad de las empresas de servicios públicos domiciliarios para sancionar pecuniariamente a los usuarios. Se declaró nulo el artículo acusado, abajo porque la potestad pública de imponer sanciones pecuniarias, en tanto poder sancionador, debe tener origen legal y no reglamentario.

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

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

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

“Lo anterior, sin embargo, no obsta para considerar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 24 de mayo de 2001, que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4º y 5º 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 sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.”

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

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

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998³⁷ y del 20 de junio de 2002³⁸, 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 introducir las 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:

³⁷ Exp. 13988.

³⁸ Exp. 19488.

“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.”³⁹

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 estatal⁴⁰.

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

³⁹ Al respecto, la Corte señaló en la sentencia T-1341 de 2001, sobre el valor que tiene la legalidad en el derecho al debido proceso administrativo, que “(...) Dentro del campo de las actuaciones administrativas ‘el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico’. Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho (...)”.

⁴⁰ En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: “Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos**, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.” (Negrillas fuera de texto)

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.”⁴¹

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 cuestión⁴². 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...”⁴³. *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...”⁴⁴. 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:

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1010 de 2009.

⁴² En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: “Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo**. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.” (Negrillas fuerza de texto)

⁴³ Ob. Cit. Pág. 114-115.

⁴⁴ Ob. Cit. Pág. 123.

“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 2008⁴⁵, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

⁴⁵ “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

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

“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,...”⁴⁶ (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 casos⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C - 252 de 1994. En igual sentido, la sentencia C - 229 de marzo 18 de 2003.

⁴⁷ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

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

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

Si se hace una integración de principios constitucionales, en relación con el tema que se estudia, se tiene que el procedimiento que se echa de menos no tiene que ser tan complejo como el judicial, porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP.-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones; pero esto tampoco puede llevar a desconocer las garantías ciudadanas. En palabras de la sentencia de 17 de marzo de 2010 de esta Sección –exp. 18.394-: “Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandado perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁴⁸, 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

⁴⁸ Constitución Política: “Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

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 extingue⁴⁹. 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.

⁴⁹ La ley 153 de 1887 regula en dos disposiciones la manera de aplicar este derecho, lo que es trasladable, en lo pertinente, al derecho administrativo:

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

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

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

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

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

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

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

“Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.”

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 desfavorable⁵⁰.

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

⁵⁰ “Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

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

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

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 decisión⁵¹, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte⁵².

⁵¹ Dispone el art. 28 CCA. “DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

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

⁵² Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.** A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

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 existentes⁵³, 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.

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

⁵³ Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: “6.1. En esta oportunidad las sociedades... consideran que el Invías incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la liquidación del contrato. **Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.**

(...)

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

(...)

“Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión.”

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.”⁵⁴

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

⁵⁴ No obstante, el parágrafo primero del mismo artículo establece una excepción: “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

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.

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.

6. El caso concreto

El actor apeló la decisión del tribunal porque conservó la validez de los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se le impuso la cláusula penal pecuniaria, expresando varias razones: i) la violación al debido proceso, ii) el incumplimiento de FERROVÍAS de algunas obligaciones –en particular, el transporte de materiales, que hubiera permitido terminar oportunamente los trabajos-, iii) la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, y iv) la reducción de la sanción penal -en proporción al cumplimiento del contrato-.

La Sala estudiará el tema empezando por el primer argumento de inconformidad, para lo cual se servirá de las anteriores ideas expresadas sobre el debido proceso, que reducen ahora sustancialmente el análisis del caso.

6.1. El debido proceso como condición constitucional para imponer la cláusula penal pecuniaria.

El actor cuestionó la manera como se adoptó la decisión impugnada, porque se le violó su derecho a la defensa como quiera que el *a quo* creyó en las apreciaciones de la interventoría y en los funcionarios de FERROVÍAS, entre otras pruebas, y porque los hechos en que se fundamentan las resoluciones no se los pusieron en conocimiento, de allí que se violó su derecho a la contradicción.

Agregó que las decisiones se apoyaron en razones y argumentos de la interventoría, y luego en otros criterios aportados dizque por “funcionarios de la entidad”, pero “... al contratista nunca se le dio la oportunidad de rebatir esos informes, esas nuevas comunicaciones y razones, ni de asistir a una inspección de la obra con los ingenieros y con la interventoría, y mucho menos de exponer sus razones frente a los mismos... Todas las resoluciones fueron dictadas al revés del procedimiento administrativo normal y justo... primero sanciona y luego justifica.”

La Sala le concederá la razón al apelante, porque FERROVÍAS vulneró varias garantías del debido proceso, que viciaron los actos administrativos demandados.

6.1.1. En *primer lugar*, se vulneró el derecho a un procedimiento debido, porque FERROVÍAS no garantizó al contratista el derecho a un trámite que respetara *las formas propias de cada juicio*.

La Sala encuentra probado que FERROVÍAS 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. En efecto, el primer acto que expidió la entidad fue el definitivo, o sea, el que contiene la sanción –Resolución No. 011 de enero 7 de 1993, a fl. 33 del cdno. 2-, la cual apoyó en una comunicación de diciembre 18 de 1992 -dirigida por la interventoría del contrato a la entidad-, donde se da cuenta de que se incumplió la calidad de la resistencia del concreto y el plazo de entrega de las obras.

Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del *ius puniendi*- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las

indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: “Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente”, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

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

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

Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento⁵⁵ y la necesidad de motivar la decisión⁵⁶.

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

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

⁵⁵ “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.”

⁵⁶ 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.”

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

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

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

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

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

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

actuaciones administrativas en las que involucra al administrado, es evitar decisiones sorpresivas, intempestivas, que asalten la buena fe de los contratantes.” (Resaltos fuera de texto)

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

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

Aplicada esta tesis al caso concreto, el Ministerio Público conceptuó al respecto que no se vulneró el derecho al debido proceso, porque el contratista se pudo reunir con la entidad antes de imponerle la sanción, de suerte que fue oído y se pudo defender. Esta idea la dedujo de la comunicación que obra a folios 144 a 145 del cdno. 4, dirigida por el contratista a FERROVÍAS, en la que le expresa su agradecimiento por la reunión sostenida con él el día anterior, donde pudo exponer sus puntos de vista sobre la situación.

Para la Sala, esta única comunicación -en la que el Ministerio Público considera que reposa el derecho de defensa durante la fase previa, tanto del contratista como de la compañía de seguros-, adolece de varias inconsistencias: De un lado, resulta que esa carta no está suscrita por el contratista, luego en este proceso no se le puede imputar su contenido. Entre otras cosas, porque en términos del artículo 269 CPC “Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes”, requisito que no se cumplió en este proceso, por tanto impide tener en cuenta ese documento apócrifo.

Ahora bien, si en gracia de discusión el documento fuera valorable, se vería que no es anterior a la sanción inicial, sino posterior, pues la Resolución No. 011 es de

enero 7 de 1993 mientras que la comunicación en mención es de marzo 18 de 1993, luego, en lugar de respaldar el derecho a la defensa oportuna, confirma su vulneración, porque ratifica que primero se tomó la decisión, y luego se escuchó a los afectados.

La Sala sí encuentra una comunicación *dirigida por la interventoría* del contrato a la entidad estatal –de enero 28 de 1993, es decir, posterior a la decisión inicial (fl. 156 a 157)- donde le hace saber que el año anterior se hicieron algunas pruebas técnicas de resistencia de los concretos, las cuales mostraron las deficiencias que ahora se cuestionan.

No obstante, la falencia que tiene este otro documento es que también es posterior a la sanción, lo que significa que adolece del mismo defecto procedimental que se viene analizando frente la comunicación que interesa al Ministerio Público.

Sin embargo, téngase en cuenta que en la misma comunicación *la interventoría* señala que en los meses de agosto y septiembre de 1992 ella puso en conocimiento del contratista los hechos que a la postre produjeron la sanción, inclusive le dio copia de los estudios técnicos de laboratorio que soportaban el análisis. La Sala debe hacer dos precisiones al respecto:

i) De un lado, que no hay prueba en el proceso sobre las comunicaciones que la interventoría asegura que le dirigió al contratista, remitiéndole la información que contenía los resultados negativos.

ii) De otro lado, que una cosa es la discusión técnica que tienen los responsables de los contratos -tanto los representantes técnicos del contratista, como del contratante, como de la interventoría-, y otra el derecho al debido proceso que regula el art. 29 CP., el cual, si bien no es ni puede ser ajeno a los hechos que vivencian los profesionales expertos de las obras, en todo caso no debe confundirse con el proceso constructivo mismo, es decir, con la actividad de inspección y vigilancia que ellos realizan.

De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre *las partes* del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el

cumplimiento de las obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa.

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

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

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

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

obligaciones contractuales. En otras ocasiones la Sala se ha referido con claridad a temas semejantes⁵⁷.

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

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

⁵⁷ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó esta Sección al respecto: “Lo que se quiere subrayar es que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque **la Administración a lo largo de la relación negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.**

(...)

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

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

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

Estas razones son suficientes para justificar la nulidad de las resoluciones demandadas.

6.1.2. En *segundo lugar*, se vulneró el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra.

La Sala encuentra, como consecuencia del defecto analizado en el acápite anterior, que las falencias en materia probatoria son protuberantes, porque la decisión inicial de FERROVÍAS se soportó exclusivamente en una comunicación de la interventoría –la de diciembre 18 de 1992 (fls. 261 a 262, cdno. 4)-, donde señaló que el contratista incumplió el plazo de entrega de las obras y la calidad de los concretos.

Además, no existe constancia de haberse puesto esa comunicación en conocimiento del contratista, ni ninguna otra que soportara la decisión sancionatoria, como para que se defendiera de la acusación. Por el contrario, en términos del procedimiento administrativo, lo que se deduce es que éste supo de la existencia de la carta por la referencia que la sanción hizo a ella. Y eso que el art. 28 CCA. exige poner en conocimiento del sancionado el objeto del procedimiento administrativo. Todo esto es inadmisibles en términos de un trámite sancionatorio, y por ello resulta claro que la entidad formó su voluntad de manera unilateral, acudiendo tan sólo a la información que le entregó su interventoría –lo cual no es reprochable hasta este punto-, pero ha debido poner en conocimiento

del contratista la decisión de ejercer el poder de corrección del contrato, para que expresara su opinión y, sobre todo, para que aportara las pruebas y argumentos que lo defendieran del criterio que se había formado la interventoría, para que, de ese modo, FERROVÍAS pudiera adoptar una decisión ajustada al debido proceso.

Tan pronto se expidió la sanción inicial, y para resolver el recurso de reposición contra ella, mediante la Resolución No. 501 de 23 de marzo de 1993, la entidad recibió de la interventoría varias comunicaciones -del 1 de marzo (fl. 249, cdno. 5), del 5 de marzo (fl. 246, cdno. 5) y del 16 de marzo del mismo año (fl. 146, cdno. 2), estas dos últimas cuantificando las obras no ejecutadas y las no recibidas. Con fundamento en ellas decidió la impugnación, y revocó la multa, pero a renglón seguido impuso la cláusula penal. A estas alturas del procedimiento -según se ve la entidad continuó formándose un juicio inicial de los hechos, lo que correspondía a la etapa previa a la decisión inicial -no en vano cambió la multa por la cláusula penal-.

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

Como si fuera poco, la segunda decisión de FERROVÍAS -la que revocó la multa y la cambió por la cláusula penal- fue objeto de un nuevo recurso de reposición, autorizado por la misma Resolución No. 501, porque la entidad por lo menos fue consciente de que "se creó una nueva situación legal y reglamentaria" -fl. 63, cdno. 2-, que se resolvió a través de la Resolución No. 1.934 de agosto 31 de 1993. Para adoptar esta decisión FERROVIAS indagó al interior de la entidad acerca del cumplimiento del contrato, y en comunicación de 30 de julio de 1993 - fls. 227 a 228 cdno. 5- el Vicepresidente de Infraestructura le informó al Director de Contratos que la sanción tiene fundamento fáctico suficiente. Luego hizo lo mismo la interventoría -mediante la comunicación de julio 2 de 1993 (fls. 229 y ss.)-. Además, también se produjo otra comunicación de esta para FERROVÍAS - fls. 242 a 245, cdno. 5- que ratificaba la decisión impugnada.

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

Por esta razón, también se anularán las decisiones demandadas, porque es indisponible el derecho que tienen los contratistas a ser oídos oportunamente.

En estos términos, la Sala anulará los actos administrativos demandados, y no se pronunciará sobre los demás argumentos del recurso de apelación –es decir, sobre el incumplimiento de FERROVÍAS de algunas obligaciones (en particular, el transporte de materiales, que hubiera permitido terminar oportunamente los trabajos), la falta de competencia temporal para imponer la sanción pecuniaria, y la reducción de la sanción penal (en proporción al cumplimiento del contrato)-, porque la decisión que se adoptará hace innecesario estudiar los demás argumentos que en todo caso pretenden lo mismo.

6.2. Actualización de la condena del *a quo*.

Como se mantendrá la condena impuesta en la primera instancia, es decir, la suma de \$4'535.533 -la cual se encuentra actualizada por el *a quo* hasta el mes de septiembre de 1998-, la Sala la actualizara desde esa fecha hasta la expedición de esta providencia, lo cual se hará a continuación:

VP = VH Ind. final de donde,
Ind. inicial

VP = \$4'535.533 Ind. marzo/2010
Ind. octubre/1998

VP = \$4'535.533 103,81 = \$ **9'121.147,35**
51,62

7. 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, pero se conservará lo dispuesto al respecto en la primera instancia, porque el tema no fue objeto de apelación.

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

FALLA

PRIMERO. Modifícase la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de octubre de 1998 -en particular los numerales segundo y quinto- la cual quedará así:

PRIMERO: Declárese que el contratista Jaime Hernández Torres, incurrió en sobrecostos derivados de la ejecución del contrato No. 01-0524-0-91 celebrado con la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVÍAS-, por concepto de paralización del equipo y reconocimiento de días festivos a sus trabajadores.

SEGUNDO: Como consecuencia, condénase al MINISTERIO DE TRANSPORTE a pagar la suma de \$ 9'121.147,35 por el concepto enunciado.

TERCERO: De no haber sido liquidado el contrato ordénase al MINISTERIO DE TRANSPORTE, proceder a su liquidación dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.

QUINTO: Anúlense las Resoluciones No. 501 de marzo 23 de 1993 y 1.934 de agosto 31 de 1993 expedidas por FERROVIAS, por medio de las cuales se declaró y se confirmó el incumplimiento parcial del contrato No. 01-0524-0-91 celebrado esta entidad y el señor Jaime Hernández Torres, cuyo objeto era la ejecución de todas las obras necesarias para la construcción de las obras complementarias para la estabilización de la banca en los kilómetros 163, 169, 173, 177 y 178 de la línea férrea Santa Fé de Bogotá – Puerto Salgar y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal.

Deniénganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Condénase al actor al pago del 50% de las costas procesales. Tásense por la Secretaría.”

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ